

ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан»

С.К. Идрышева

**ПУБЛИЧНЫЙ ДОГОВОР
В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Монография

Астана
2010

**УДК
ББК
П**

*Рекомендовано к печати Ученым советом
Института законодательства Республики Казахстан
Протокол №3 от 25.06.2010 г.*

Рецензенты:

Бусурманов Ж.Д. - академик АЮН РК,
доктор юридических наук, профессор
Каудыров Т.Е. - доктор юридических наук, профессор

Идрышева С.К.

**ПУБЛИЧНЫЙ ДОГОВОР В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:** монография: – Астана:
ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2010. – 380 с.

ISBN

Настоящая работа посвящена научно-теоретическому исследованию института публичного договора в гражданском праве Республики Казахстан. Автор рассматривает вопросы о понятии и признаках публичного договора, исследует истоки его возникновения и практику применения законодательства о публичном договоре. Некоторые договорные конструкции, имеющие признаки публичных договоров, впервые в отечественной юриспруденции рассмотрены в настоящей работе.

Книга предназначена для студентов, магистрантов, докторантов и преподавателей юридических вузов, научных и практических работников.

**УДК
ББК**

ISBN

© Идрышева С.К., 2010
© ГУ «Институт законодательства
Республики Казахстан», 2010

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	4
1 ПУБЛИЧНЫЙ ДОГОВОР	
КАК ИНСТИТУТ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА	
1.1 Принцип свободы договора в гражданском праве и его содержание	6
1.2 Публичный договор как ограничение принципа свободы договора	64
1.3 Понятие и признаки публичного договора	85
1.4 Публичный договор и договор присоединения	141
1.5 Ответственность сторон публичного договора	164
2 ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ПУБЛИЧНЫХ ДОГОВОРОВ	
2.1 Публичные договоры в сфере передачи имущества в собственность или в иное вещное право	182
Договор розничной купли-продажи	183
Договоры энергоснабжения	195
2.2 Публичные договоры в сфере передачи имущества во временное пользование и в сфере выполнения работ	233
Договор проката	233
Договор бытового подряда	239
2.3 Публичные договоры в сфере оказания услуг	246
Договоры перевозки транспортом общего пользования	246
Договоры хранения	261
Договор о депонировании произведений, являющихся объектами авторского права	267
Договоры в сфере банковского обслуживания	272
Договор возмездного оказания гостиничных услуг	278
Договоры возмездного оказания услуг связи	286
Договор возмездного оказания образовательных услуг	297
Договор возмездного оказания обязательных аудиторских услуг	304
Договор обязательного страхования	311
Договор обязательной лоцманской проводки судов	319
Иные сферы действия публичных договоров	327
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	345
Список использованных источников	354

Учителю, Ученому
Майдану Кунтуаровичу Сулейменову
посвящается

ПРЕДИСЛОВИЕ

За истекшие со времени провозглашения независимости неполные два десятка лет законодательство стран СНГ, в том числе и Республики Казахстан, кардинально изменилось, в том числе впервые на законодательном уровне закреплён принцип свободы договора. Однако, несмотря на его широкое содержание, в правовом государстве данный принцип может быть абсолютным, а постоянно подвергается «стеснениям и ограничениям» со стороны государства в интересах всех и каждого, во всеобщих интересах. Одним из примеров такого ограничения является введение в Гражданский кодекс норм о публичном договоре, что закономерно повлекло проблемы как теоретического, так и практического плана, поскольку сам термин «публичный договор» является не только относительно новым, но и относится к оценочным понятиям в праве, который должен быть разъяснён через квалифицирующие признаки названного договора, помещённые в его легальной дефиниции. Недостатки же легального определения публичного договора влекут на практике неоднозначное понимание и применение правовых норм о нём. В таких случаях неопределимой является роль правовой науки, но в Казахстане исследования об ограничениях свободы договора, а тем более о публичном договоре, крайне недостаточны.

Пользуясь ежедневно привычными для нас услугами связи, энергоснабжения, общественного транспорта, предприятий общественного питания, розничной торговли, автозаправочных станций и т.п., мы не задумываемся о том, что ежедневно и ежечасно оказываемся вовлечёнными в сферу действия публичных договоров. Кажущаяся обыденность, «приземлённость» сферы их функционирования не позволяет обществу надлежащим образом уяснить роль и место публичных договоров в соотношении с другими, так называемыми «свободными», договорными правоотношениями, основанными на принципе свободы договора.

Институт публичного договора введен для регулирования такой области имущественных отношений, в которую вовлечены тысячи и тысячи субъектов, практически все общество, поэтому он имеет особое социальное значение, от эффективности его действия зависит в целом правопорядок и стабильность в государстве. Провозглашая в качестве одной из целей государства на данном этапе «вхождение в европейское экономическое пространство», следует соблюдать ставшие общепринятыми в этом самом пространстве норм о приоритете прав и свобод личности в сферах, регулируемых нормами о публичном договоре.

Социальное значение договоров, относимых к публичным, особенно ярко проявляется в условиях постоянных инфляционных процессов, вызывает чувство социальной незащищенности населения, отрицательно влияет на динамику предпринимательской деятельности и на состояние правопорядка в целом в государстве.

Значительное количество публичных договоров опосредует отношения в сфере естественных монополий, но законодательство в данной сфере не содержит даже отсылочных норм о публичности договоров и о защите прав потребителей, научные исследования гражданско-правовых аспектов таких договоров не проводятся.

Таков далеко не полный круг обстоятельств, обуславливающих актуальность избранной автором темы.

1. ПУБЛИЧНЫЙ ДОГОВОР КАК ОГРАНИЧЕНИЕ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

1.1 Принцип свободы договора в гражданском праве и его содержание

Большинство обязательственных правоотношений возникают на основании договора (договорные обязательства) и регулируются договорами, но в рамках действующих законодательных и других правовых актов. Договор является основной формой свободного закрепления на практике диспозитивных методов правового регулирования в обществе.

Исследователи в области теории договорного права еще более двадцати лет назад отмечали, что обобщенного легального «понятия договора, годного для всех отраслей права, не существует», [1, с.195] хотя договор является одним из центральных понятий в праве. [2, с.113] В связи с этим предъявляются обоснованные претензии к специалистам общей теории права, в частности, за отсутствие до сего времени универсального понятия договора.

Действительно, фундаментальных трудов по общим положениям современного договорного права очень мало. Среди таковых можно назвать лишь монографии российских авторов В.В. Иванова «Общие вопросы теории договора» (М., 2006), А.Д. Корецкого «Теоретико-правовые основы учения о договоре» (Спб., 2001) и некоторые другие. Однако А.Г. Диденко считает, что разработка общей теории договора относится к неперспективным направлениям научных исследований, поскольку чем выше уровень обобщения, тем менее практически работающим является понятие. [3, с. 379]

Ю.А.Тихомиров определяет договор как соглашение сторон, выражающее их волю к установлению, изменению и прекращению их прав и обязанностей, к совершению либо воздержанию от совершения юридических действий. [4, с.182] Довольно оригинальное определение договора дано В.В.Ивановым. Он предлагает считать договор как совместный правовой акт, представляющий собой оформление выражения обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающих условия, исполнение которых предполагается

обязательным. [5, с.178] Соглашаясь с В.Ивановым, отметим еще один признак – обязательность для сторон выработанных ими самими условий договора, известный со времен римского права. [6, с.85]

В цивилистической науке договор традиционно рассматривается как разновидность института сделки, что выражается в формуле: «любой договор – это сделка, но не любая сделка – это договор». Поэтому фундаментальные научные исследования по общей теории гражданско-правового договора производились в рамках исследования других, по мнению большинства цивилистов, более глобальных институтов - сделок и обязательств. При этом А.Д.Корецкий полагает, что закрепленные в Гражданском кодексе легальные дефиниции категорий «договора» и «сделки» сами нуждаются в доктринальном переосмыслении и уточнении: категория договора – потому что смысловую основу его дефиниции составляет слово-синоним (соглашение); категория сделки - потому что, вопреки дефиниции, отнюдь не каждое действие, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, может квалифицироваться как гражданско-правовая сделка. [7, с.4]

На уровне отдельных монографических исследований в советское время, в частности, рассматривались, преимущественно, проблемы теории хозяйственных договоров (В.В.Лапин, М.К.Сулейменов), а также договоров в сфере обслуживания населения (А.Ю.Кабалкин).

Среди современных трудов о договоре в гражданском праве в первую очередь, на наш взгляд, следует отметить многотомное издание профессоров М.И.Брагинского и В.В.Витрянского «Договорное право», которое ныне является «настойной книгой» как практикующих юристов, так и ученых-исследователей. В казахстанской науке договорному праву посвящено немало работ, среди них отметим множество научных трудов М.К.Сулейменова, Ю.Г.Басина, А.Г. Диденко, диссертации С.О.Куанышбаевой, Е.В.Горячевой, А.К. Калдыбаева и др.

М.Ф.Казанцев рассматривает договорное регулирование как большую социальную, поистине цивилизационную, ценность, поскольку, по его мнению, договор является средством социального взаимодействия между людьми, средством автономного саморегулирования отношений между ними и с договором неразрывно связаны такие ценности, как свобода, демократия, гражданское общество, права

человека. «Благодаря договору свободные люди сами творят право для себя. Именно право, творимое гражданами и юридическими лицами своей волей и в своем интересе путем заключения между собой договоров, – это в полной мере частное право». [8, с.14]

Тем самым договор помогает осуществлять саморегулирование экономических отношений их юридически равноправными участниками, регулятивная функция является основной функцией договора.

По мнению А.Г.Диденко, современный гражданско-правовой договор - это один из узловых элементов правового государства в экономике, инструмент демократизации экономики, а через нее – и общества. [9, с.372]

Вместе с тем в современной цивилистической науке появились мнения о том, что традиционные представления романо-германской правовой системы о договоре как универсальной правовой категории в настоящее время не всегда отражают особенности возникающих в современном гражданском обороте отношений и не могут служить достаточным основанием для решения вопроса о договорной природе юридических явлений. Такое положение называется серьезным препятствием в дальнейшем развитии современного договорного права. [10, с.5] Видимо, с целью ослабления таких препятствий современные международно-правовые документы в сфере частного права отражают в себе влияние как романо-германской, так и англо-американской систем права.

Единообразный торговый кодекс США содержит следующее определение договора: «Договор – это правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон», а Гражданский кодекс штата Калифорния определяет договор как соглашение делать или не делать что-либо. [11, с.312]

Под влиянием англо-американского законодательства в теории гражданского права предлагается, в частности, следующее определение гражданско-правового договора: это соглашение двух и более сторон или обещание одной стороны, на которое рассчитывала другая сторона, направленные на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. [12, с.10] Как говорит К.Осакве, англо-американское договорное право использует всю мощь государства для принуждения частных лиц выполнять свои обещания друг другу и этим способствовать процессу частного правотворчества. [13, с.84]

Однако соглашение – это не всегда договор, например, в Древнем Риме соглашения делились на пакты и на собственно контракты. Существует соглашение о намерениях – и это тоже не договор. С учетом изложенного, А.Д.Корецкий предлагает следующее определение гражданско-правового договора: «Гражданско-правовой договор – это выраженные в требуемой законодательством форме согласованные намерения двух или более лиц совершить друг в отношении друга (или третьих лиц) действия, направленные на возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений, и, в силу закона, достаточные для наступления указанных последствий в целях осуществления личных, как правило, имущественных интересов». [7, с.21] Последнее определение представляется нам наиболее полным и отражающим современное понимание договора.

Поскольку договор является видом сделки, то на него распространяются все правила о двух- и многосторонних сделках. Легальное определение договора-сделки дано в статье 378 ГК РК: договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. В этом смысле выделяются реальные и консенсуальные, возмездные и безвозмездные, каузальные и абстрактные, срочные и бессрочные, условные и безусловные, возмездные и безвозмездные, а также фидуциарные договоры.

Определение договора-правоотношения соотносят обычно с определением обязательства, регламентированного статьей 268 ГК РК. То есть договор – это правоотношение, в силу которого одна сторона – должник – обязуется выполнить в отношении другой стороны – кредитора – определенные действия, предусмотренные договором, либо воздержаться от таких действий, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности и в свою очередь должен принять исполненное, а по возмездным сделкам – также и оплатить обусловленную цену. В этом случае проводится классификация соответствующих обязательств по типам, видам и подвидам.

Со времен римского частного права по признаку их целевой направленности выделяются такие типы договоров (договорных обязательств), как договоры, направленные на передачу имущества в собственность или в иное вещное право, либо в пользование, договоры на производство работ и договоры на оказание услуг, которые

затем подразделяются на отдельные виды и подвиды по различным юридическим критериям. Направленность обязательства является одним из системных признаков, имеет приоритетное значение, предопределяет наиболее существенные элементы договора, суть его содержания. Квалификация любого договора должна начинаться с его квалификации по признаку направленности. Деление договорных обязательств по направленности действий составляет ныне их основную, «базовую» классификацию, отраженную и в Гражданском кодексе РК в Разделе «Отдельные виды обязательств», которую мы применили для рассмотрения отдельных договорных конструкций в целях выявления наличия либо отсутствия в них элементов публичного договора.

Классификация договорных обязательств по иным основаниям дополняется договорами односторонними и двусторонними, договорами в пользу третьего лица и в пользу самих участников, имущественными и организационными; а также основными и дополнительными, или акцессорными договорами, обеспечивающими исполнение «основных» договоров. Особое значение для целей настоящего исследования имеет деление договоров на свободные и «обязательные», взаимосогласованные договора и договора присоединения. Те договоры, в которых условия «согласуются», т.е. вырабатываются обеими сторонами, совместно обсуждаются, корректируются, вследствие чего представляют из себя как бы «сплав» двух волей, составляют группу «свободноопределяемых» договоров, условно называемых нами «свободными». Противостоит им группа договоров, в которых все условия вырабатываются одной стороной и заключение которых возможно лишь посредством их безоговорочного принятия другой стороной. Такие договоры А.Д.Корецкий предлагает именовать «детерминированными», [7, с.26] нами в настоящей работе они называются «обязательными».

По субъектному составу выделяются предпринимательские договоры и договоры с участием граждан-потребителей, которые имеют особый правовой режим. Законодатель не называет предпринимательские договоры в качестве самостоятельного вида, однако в нормах гражданского законодательства четко выделяет обязательства, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности.

В последние годы в науке гражданского права Республики Казахстан появились работы о правовой природе предпринимательских договоров [14; 15; 28] и надеемся, что в классификации гражданско-правовых договоров предпринимательские договоры со временем займут подобающее им место. М.К.Сулейменов определяет предпринимательский договор как субинститут гражданско-правового договора. [15, с.19] С.О.Куанышбаева полагает, что под предпринимательским договором следует понимать гражданско-правовую сделку, заключаемую предпринимателем в процессе предпринимательской деятельности с участниками торгового оборота (предпринимателями и потребителями) за свой риск, под свою имущественную ответственность с целью получения чистого дохода. Причем сделки, в которых оба участника являются предпринимателями, она называет взаимно предпринимательскими, а сделки с участием потребителей – предпринимательско-потребительскими. [14, с.361]

Многие договоры могут быть и «предпринимательскими», и «потребительскими». Например, договор энергоснабжения для энергоснабжающей организации является предпринимательским, а для абонента – потребительским; т.е. по классификации С.Куанышбаевой – предпринимательско-потребительским. О.А.Макарова свидетельствует, что в законодательстве зарубежных стран континентальной правовой системы четко разграничиваются общегражданский договор и договор в сфере предпринимательской деятельности. [16, с.233] В странах же общего права нет такого деления договоров.

Для целей настоящей работы предпринимательские договоры имеют особое значение, так как нам представляется, что стороной публичных договоров, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору, являются в большинстве своем лица, занимающиеся именно предпринимательской деятельностью. При этом С.Куанышбаева логично считает, что необходимо устанавливать более жесткие требования к предпринимателям, включая повышенную их ответственность за нарушение договорных обязательств, а в ряде случаев – ограничение договорной свободы. [14, с.16]

М.И.Брагинский. отмечает, что из 610 статей Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), посвященных регулированию договоров, 262 статьи рассчитаны целиком на участие предпринимателей, [17, с.125] которые С.Куанышбаева именуется взаимно пред-

принимательскими. Все остальные статьи о договорах также регулируют отношения, которые не исключают участия предпринимателей.

По мнению Е.Богданова, хотя предпринимательская деятельность – это частная деятельность, но она имеет большее социальное значение, что обуславливает необходимость учета интересов государства и общества при конструировании законодательства, регулирующего предпринимательские договоры. [18, с.59] Поэтому предпринимательская деятельность носит как частный, так и публичный характер. Тем самым государство путем правового воздействия на предпринимателей как носителей частного интереса пытается сформировать у них интересы, совпадающие с интересами общества и государства. [19,156]

Концептуальными основами правового регулирования предпринимательского договора, по сравнению с общегражданским договором, являются не только провозглашение принципа свободы договора, но и одновременно с этим закрепление бремени несения рисков от этой деятельности и повышенной имущественной ответственности по сравнению с контрагентами-потребителями. Такая позиция законодателя объясняется тем, что предприниматель должен быть профессионалом своего дела, компетентным, опытным, в отличие от тех, кому он передает товар, выполняет работу или оказывает услугу. Однако в Республике Казахстан такая концептуальная основа не выдерживается и презумпция социальной ответственности предпринимателей пока еще не нашла реализации на практике. Напротив, имеют место быть частнособственнические, крайне индивидуалистические настроения и деяния, оказывающие негативное влияние на правосознание, правовую идеологию и на правопорядок в целом.

В контексте развития рассматриваемого вопроса о принципе свободы договора следует отметить, что в Конституции РК, Гражданском кодексе и других законодательных актах красной нитью проводится идея о свободе предпринимательской деятельности и ее всемерной защите.

Законодатель Республики Казахстан называет статью 2 ГК РК не «принципы», а «основные начала гражданского законодательства», аналогичное положение имеет место и в законодательстве многих других государств СНГ. Хотя как в общей теории права, так и в отраслевых науках термин «основные начала» применяется реже, научному исследованию подвергается именно термин «принципы». В

виде исключения в числе других можно назвать монографию Е.Г.-Комиссаровой «Основные начала гражданского законодательства», в которой автор проводит различие между принципами и основными началами. По ее мнению, к основным началам относятся только принципы-нормы. [20, с.18]

В «Толковом словаре живого великорусского языка» В.Даля под принципами понимается научное или нравственное «начало, основание, правило, основа, от которой не отступают». А «начала» определены как зачин, источник, основа. [21, с.431, 494] Тем самым, семантическое значение рассматриваемых терминов позволяет считать их синонимами. Видимо, поэтому законодатель в одних современных нормативных правовых актах (например, Гражданский кодекс РК) употребляет термин «основные начала», в других – «принципы» (Глава 2 ГПК РК) [22]. В Уголовном кодексе РК содержится лишь отсылочная норма о том, что Кодекс основывается на Конституции РК и общепризнанных *принципах* и нормах международного права (ст.1). [23]

В юридической науке под правовыми принципами традиционно понимаются руководящие положения, идеи, основные начала права, выражающие объективные закономерности, тенденции и потребности общественного развития, определяющие сущность всей системы, отрасли или института права, *закрепленные в нормах действующего законодательства* и имеющие в силу их *правового закрепления* общеобязательное значение. По словам Ю.Х.Калмыкова, это основные начала, характеризующие особенности данной системы права, в них выражены главенствующие идеи, пронизывающие все ее клеточки и клетки, структурные подразделения. [24, с.46]

Хотя вопрос о возможности отождествления понятий «основные начала» и «принципы» относится к числу дискуссионных, [25, с.41-59] мы не будем вдаваться в суть дискуссий, поскольку это выходит за рамки нашего исследования, примем их априори за тождественные понятия. Многие ученые, как и Ю.Г. Басин, рассматривают в качестве синонимов также принципы законодательства и принципы права, [26 с.16] при том, что существуют и противоположные точки зрения. Мы полагаем, что принципы права – более широкое, емкое понятие, включающее в себя не только принципы законодательства, т.е. закрепленные в законодательных актах под наименованиями

принципов или основных начал, но и иные принципы, обосновываемые в науке путем анализа всей совокупности правовых норм.

Наиболее значимой представляется роль принципов права в толковании и применении правовых норм. Поэтому значительная роль отводится деятельности судов, так как именно на правоприменителя возлагается не совсем простая обязанность толкования и применения принципов права. В соответствии со ст. 5 ГК РК в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 ст. 1 названного Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяются нормы гражданского законодательства, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). А при невозможности использования в указанных случаях аналогии закона права и обязанности сторон определяются, *исходя из общих начал* и смысла гражданского законодательства и *требований* добросовестности, разумности и справедливости (аналогия права).

Однако отсюда возникает и парадокс: если спорная ситуация урегулирована формально определенными нормами закона, то принципы права не применимы, даже в случае несправедливого и неразумного (в противоположность разумному) урегулирования законодателем (а также не исключено) данного правоотношения, к тому же не отвечающего интересам сторон. Во избежание таких ситуаций нам представляется, что, учитывая значение принципов права в юриспруденции, правоприменители при обнаружении описанных ситуаций должны толковать нормы и разрешать соответствующие споры с обязательным учетом правовых принципов, а не только исходить из буквального значения правовых норм, регулирующих ту или иную ситуацию. Об этом можно судить из норм статьи 6 ГК РК «Толкование норм гражданского законодательства», в соответствии с которой при возможности различного понимания слов, применяемых в тексте законодательных норм, «предпочтение отдается пониманию, отвечающему положениям Конституции Республики Казахстан и *основным принципам гражданского законодательства, изложенным в настоящей главе, прежде всего в ее статье 2*». [27] А это и есть ссылка на принципы права.

Вместе с тем нам представляется, что помещение законодателем в первой Главе ГК РК самостоятельной статьи с названием «Основ-

ные начала гражданского законодательства» дает основание полагать, что перечень таких «начал» в данной статье является исчерпывающим. Тогда как последнее предложение статьи 6 ГК РК, а также анализ содержания самой статьи позволяет усомниться в этом и находить правовые принципы и в других статьях первой Главы.

В теории права различаются также общие, общеправовые (универсальные) принципы, межотраслевые принципы и специальные, или отраслевые принципы, причем общие и специальные принципы взаимосвязаны и взаимообусловлены. К первым можно отнести, в частности, нормативный принцип законности. Ко вторым можно отнести процессуальные принципы состязательности, гласности судебного процесса и т.д. К отраслевым нормативным принципам в числе других относятся принципы гражданского законодательства. Хотя при ближайшем рассмотрении оказывается, что часть из отраслевых принципов также относится к общим, универсальным принципам. В частности, принцип неприкосновенности собственности, принцип судебной защиты прав, принцип невмешательства в частные дела. Например, в ст. 6 ГПК РК и ст. 10 УПК РК закреплён общеправовой принцип законности, а в гражданском законодательстве такого нормативного принципа не закреплено, но это не означает, что в гражданских правоотношениях данный принцип может игнорироваться. В теории права к общеправовым принципам относят и принцип справедливости наряду с принципами гуманности и законности; на диссертационном уровне данная точка зрения обоснована, например, А.Л.Вязовым и другими авторами. [29; 30; 31; 32]

Учитывая, что законодательное закрепление норм под названием «принципы» или «основные начала» начато сравнительно недавно, такое хаотичное их изложение, когда в одни законодательные акты вводятся нормы-принципы, в другие не вводятся; причем вносятся как общие, так и отраслевые и межотраслевые принципы, может свидетельствовать по нашему мнению о том, что законодатель тем самым пытается определить приоритетные, наиболее важные направления правовой политики в той или иной сфере в конкретной исторической ситуации. В частности, в гражданском праве в настоящее время важно закрепить отход от тоталитарной системы путем включения нормативного принципа свободы договора и юридического равенства участников; в гражданском процессе – принципы закон-

ности, состязательности, независимости судей и другие, в отличие от прежнего состояния процессуальной практики.

Анализ цивилистической литературы показывает, что исследование принципов права является относительно новым явлением в правовой доктрине. Из дореволюционных российских авторов одним из первых о принципах писал Е.В.Васьковский, который поименованные таковыми законодателем в нормах Свода законов Российской империи принципы называл «явными» (текстуально закрепленными), а принципы-идеи называл «скрытыми», которые должны быть извлекаемы из правил посредством «индукции и редукции». [33, с.83]

Современная общая теория права допускает существование принципов-норм, которые вводятся в тексты законодательных актов под названием «принципы» или «основные начала», а также принципов-идей, которые законодателем прямо не называются, но которые презюмируются. [20; 34; 19, с.21] Например, в цивилистической науке широко применяются такие не закрепленные в статье 2 Гражданского кодекса РК и аналогичных статьях ГК других государств СНГ принципы, как принцип обязательности и исполнимости договоров (*pacta sunt servanda*), принцип реального исполнения договоров, принцип недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства, и т.д. Это и есть не что иное, как принципы-идеи, прямо не поименованные законодателем в качестве принципов. Они «вытекают» из анализа правовых норм, расположенных в иных статьях ГК, других законодательных актов, могут быть выражены другими словами и т.п. На этом основании некоторые ученые называют их «принципы, вытекающие из норм». [19, с.21] Ю.Г.Басин считал, что формулируются принципы весьма абстрактно, но имеют вполне конкретную практическую направленность. [35, с.48]

История последних столетий с особенной наглядностью показывает, что принципы законодательства обладают качеством динамичности, отражают господствующую в обществе идеологию, зависят от типа государства и государственного режима, их появление, изменение и прекращение зависит от правовой идеологии общества в конкретно-историческую эпоху. Так, в советском законодательстве доминирующим принципом был, в частности, принцип верховенства государственной социалистической собственности над всеми другими ее видами. На этом основании можно утверждать, что мно-

гие положения из научных трудов советского периода, посвященные правовым принципам, уже не отражают современной правовой действительности в силу происшедших коренных изменений в обществе, экономике и других социальных институтах. Но это не означает, что «вместе с водой надо выплеснуть и ребенка», поэтому нами используются научные исследования прежних лет, не отягощенные идеологическими соображениями.

Принципы права – это не просто правила поведения; правовые принципы и нормативные правила поведения нельзя ставить на одну плоскость. Если обычные правовые нормы, устанавливающие правила поведения, распространяются на конкретные правоотношения, то принципы права должны применяться при регулировании любых гражданских правоотношений, они распространяются на все правоотношения. По образному выражению Грибанова В.П., правовые принципы и нормы права соответственно выражают «дух» и «букву» закона. [36, с.10-23] Исходя из нашей концепции, правовой принцип и норма права не всегда являются синонимами, поскольку содержание термина «правовой принцип» не совпадает с содержанием термина «норма права», хотя многие принципы и излагаются в нормах права. Правовые принципы определяют содержательное наполнение правовых норм. Поэтому логичным будет вывод о том, что правовые принципы складываются из принципов законодательства и принципов, не закрепленных в законодательстве, но признаваемых таковыми юридической наукой (принципы-идеи).

Причем в идеале, по нашему мнению, правоприменители должны учитывать при принятии решений как принципы-нормы, так и принципы-идеи. О том, что нельзя ограничиваться только принципами-нормами, в числе других исследователей говорит и А.Нурмагамбетов. [37, с.29] Представителем противоположной точки зрения в числе других являлась Н. А. Чечина, утверждая, что правовым принципом может стать только та идея, которая нашла свое выражение в правовой норме, а идея, не зафиксированная нормой права, не может стать правовым принципом. [38] Из казахстанских авторов аналогичного мнения придерживаются, в частности, С.П. Мороз, Г.Л. Нуртаева. [39; 40, с.107]

В.Д.Филимонов принципы-идеи называет «институты-принципы» и на вопрос о том, зачем необходимо включать их в законодатель-

ство, отвечает, что в одних случаях законодатель стремится обратить особое внимание правоприменительных органов на соответствие принимаемых решений в прямо указанных им случаях общим интересам личности, общества и государства. В других случаях – чтобы сосредоточить внимание правоприменительных органов на неукоснительном соблюдении конкретизированных требований принципа справедливости. [41, с.13]

Именно в этом смысле, т.е. в смысле закреплённости основных начал в законодательных актах, эти «начала» и становятся принципами-нормами.

Р.З.Лившиц принципы, относимые нами к принципам-идеям, называет «принципы, выводимые из норм», и считает, что такие принципы переходят во множество норм, как бы растворяются в них и играют своеобразную «роль режиссера-постановщика за сценой». [42, с.196] Например: «все незапрещенное разрешено», «все неразрешенное запрещено», «да будет выслушана вторая сторона» и др. Эти принципы, по ее мнению, не закрепляются напрямую, но следуют из анализа норм. Приведенные принципы опираются не на любой порядок в обществе, а именно на правовой порядок с его демократической и гуманистической направленностью. [42, с.200]

К сожалению, для отечественных правоприменителей на данном этапе развития нашего общества и государства практическое значение имеют не правовые идеи, а правовые нормы. В этом и заключается основная проблема реализации на практике всех правовых принципов. Хотя принципы должны облекаться в нормы права никак не вследствие субъективного усмотрения законодателя, а как объективные закономерности, как объективно присущие праву качества. [43, с.237; 37, с.27]

Поскольку законодатель не дает формально-определённого легального определения каждого из принципов гражданского права, то и в процессе правореализации, правоприменения, и в теории права для раскрытия их содержания, толкования применяются оценочные категории, понятия, что вызывает и соответствующие проблемы вследствие субъективного усмотрения правоприменителей и самих субъектов гражданских правоотношений.

Из изложенного следует вывод, что прямое отнесение тех или иных правовых норм к принципам права, вычлени-

норм положений, предлагаемых в качестве принципов, в реальности зависит от субъективного подхода законодателя или от обоснования их таковыми в доктрине гражданского права. Субъективное усмотрение видится в оценочном характере самой категории «принципы» и в применении оценочного метода определения тех или иных положений в качестве принципов законодательства или права. Размытость, нечеткость критериев отнесения правовых идей и норм к принципам права и законодательства влечет многочисленные разночтения, сумятицу в объективное разрешение данной ситуации.

Как считают современные ученые, термин «оценочные понятия» впервые был введен в правовой лексикон В.И. Вильнянским, [44, с.13-14] в дальнейшем получил развитие в трудах российских ученых В.Н. Кудрявцева, Я.М. Брайтмана, М.И. Бару, Т.В. Кашаниной, и др. Оценочные понятия в праве не конкретизированы законодателем или иным компетентным органом; они уточняются и конкретизируются в процессе правоприменения; дают правоприменяющему органу возможность свободного усмотрения, свободной (субъективной) оценки фактов. [45, с.104]

О роли оценочных понятий в законодательстве проведено множество научных исследований. А.Г. Диденко, рассмотрев широкий спектр оценочных понятий в гражданском праве, приходит к выводу, что существует оценочный метод в качестве самостоятельного метода гражданско-правового регулирования. Под ним он имеет в виду предоставление уполномоченным субъектам возможности самостоятельно устанавливать правовое предписание для конкретного случая в рамках общих границ, предусмотренных законодательством. [46, с.81]

Причина существования оценочных понятий заключается в том, что закрепить в законодательстве все формальные признаки, дать точное описание всем явлениям практически невозможно. Поэтому законодатель при конструировании норм вынужден в ряде случаев ограничиваться лишь изложением общих признаков явлений, конкретизируемых в процессе правоприменения.

По мнению М.Ф.Лукияненко, преобразовать все признаки оценочного понятия в формализованные невозможно, так как они никогда не исчерпают всего содержания оценочного понятия. Содержание оценочного понятия определяется правоприменителем на

основе правосознания (усмотрения) с учетом конкретной ситуации и обстоятельств рассматриваемого дела. [47, с.43]

А.Г.Диденко, признавая, что оценочные понятия создают правомерные основания для судейского усмотрения, тем не менее, показывает и их позитивное значение. В частности, ученый говорит, что оценочные понятия могут улучшать судебную практику; при профессиональной грамотности и высокой нравственности судей могут содействовать утверждению принципов справедливости; а также оценочные понятия, по его мнению, способствуют вхождению в мировую правовую систему, в которой много таких понятий и имеется устоявшаяся практика. [9, с.75] До идеального общества с высокопрофессиональными и высоконравственными судьями многим государствам, как и Казахстану, еще очень далеко, поэтому пока еще сложно однозначно говорить о содействии судебной практики утверждению принципов справедливости.

Мы считаем, что в сферах, затрагивающих интересы всех и каждого, всеобщие интересы, важной является научная разработка оценочных категорий, понятий; выработка их признаков. При отсутствии или недостатке научных исследований в таких сферах общественной жизни и возникают различные перекосы, проблемы. Наука должна оказывать значительное содействие правильному правоприменению новых и относительно новых правовых явлений, особенно в переломные моменты истории, каковой переживает сейчас Республика Казахстан.

По нашему мнению, совокупность приведенных в статье второй ГК РК основных начал гражданского законодательства, то есть принципов-норм, а также принципов-идей в случае их признания и соблюдения, выражает суть *принципа социальной справедливости* в гражданском праве, который в свою очередь пока еще является принципом-идеей. Термин «социальный» означает «общественный, относящийся к жизни людей и их отношениям в обществе», посредством этого критерия оцениваются гражданско-правовые взаимоотношения и поведение субъектов. [48, с.43-44] Представляется, что независимо от наличия или отсутствия нормативного закрепления принцип социальной справедливости должен быть поставлен во главу угла при регулировании гражданских правоотношений и далее будем к нему обращаться.

Говоря о принципе свободы договора в современных условиях, следует отметить, что для отечественного законодательства этот принцип в качестве нормативного является если не абсолютно, то относительно новым, несмотря на все возражения сторонников иного подхода. Действительно, о свободе договора говорили и в предыдущие эпохи нашей истории. Однако, как отмечалось выше, необходимо разграничивать понятия «правовая норма» (форма права) и «идея». Идея свободы договора давно витала в сфере частного права, и это бесспорно. Только одной идеи недостаточно для того, чтобы она стала формой права.

Негативную роль в деле предания забвению принципа свободы договора в гражданском праве сыграли и идеология социалистического государства, плановый характер экономики. Автором изучены законодательные акты советского периода более чем за 70 лет, учебные пособия и научные труды о принципах гражданского права, в которых до середины 90-х годов XX века отсутствуют сведения о принципе свободы договора. Первые работы об этом появились только после принятия части первой ГК РФ и общей части ГК РК. Поэтому можно говорить если не об абсолютной, то об относительной новизне принципа свободы договора и некоторых других поименованных ныне принципов гражданского права. Хотя уже более века назад об этом писали И.А.Покровский, Е.В.Васьковский и другие.

В научных и учебных трудах известных ученых, посвященных принципам права и в том числе гражданского права (С.Н.Братусь, В.П.Грибанов, О.С.Иоффе, Ю.К.Толстой, О.Н.Садиков, Г.А.Свердлов и другие), вплоть до 1995 года речь идет только о следующих принципах: принцип социалистической законности, принцип добросовестности, принцип осуществления гражданских прав в соответствии с их назначением, принцип реального осуществления гражданских прав, укрепление начал коллективизма, отношений товарищеского сотрудничества и взаимопомощи в сфере общественных отношений, принцип экономичности и других. Даже уже в 1992г. Ю.К.Толстой писал: «К числу основных принципов гражданского права могут быть отнесены принцип единства правового регулирования имущественных и личных неимущественных отношений независимо от их субъектного состава; принцип равенства участников гражданских правоотношений; принцип дозволительной направлен-

ности гражданско-правового регулирования; принцип диспозитивности, принцип полного восстановления нарушенного положения субъектов гражданского права; принцип, согласно которому участники гражданских правоотношений предполагаются добросовестными (презумпция добросовестности участников гражданских правоотношений); принцип всеобщности судебной защиты гражданских прав». [49, с.50]

Нормативное закрепление принцип свободы договора впервые получил только с принятием Общей части ГК РК от 27 декабря 1994 г., а в Российской Федерации – 30 ноября 1994 г. и только после этого стали появляться научные работы по данному вопросу. Изучив тексты Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. [50] и Гражданского кодекса Казахской ССР 1964 г., [51] мы не обнаружили ни одной нормы о принципах вообще и свободе договора в частности. Даже в таком прогрессивном для нашего времени системообразующем законодательном акте, как Основы гражданского законодательства 1991 года не были помещены нормы о принципах гражданского права, [52] что дает основание утверждать об относительной новизне нормативного принципа свободы договора в гражданском праве Республики Казахстан.

Не только принцип свободы договора, но и остальные шесть принципов гражданского законодательства, закрепленные в ст. 2 ГК РК, являются новыми в качестве именно нормативных принципов. В п. 1 ст.2 ГК РК названы следующие основные начала гражданского законодательства: равенство субъектов, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечение восстановления нарушенных прав, судебная защита прав.

Тем самым правовые идеи получили воплощение, внешнее выражение в правовых нормах и стали общеобязательными. И правоприменители, в особенности судебные органы, обязаны использовать их, опираться на них, приводить в обоснование при решении того или иного вопроса.

После легального закрепления принципа свободы договора в гражданских кодексах стран СНГ, данный правовой принцип стал объектом исследования многих диссертаций, но в Казахстане он самостоя-

тельному научному исследованию на монографическом уровне до 2009 г. не подвергался. Из статей научного характера можно привести достаточно интересные исследования А.А.Нурмагамбетова, посвященные вопросу генезиса рассматриваемого принципа в советском праве и роли оценочных понятий. [37; 53; 54] Из российских диссертационных исследований можно назвать научные работы Ю.Л.Ершова, К.И. Забсева, М.Ю.Козловой, А.Н.Танага и других. [34; 55; 56; 57]

Некоторые исследователи полагают считать как нормативные, так и ненормативные принципы в качестве нетрадиционных источников, форм права. [61, с.50] Представляется, что нормативные принципы могут рассматриваться как формы права, но мысль об отнесении принципов-идей к формам права представляется спорной, если только они не закреплены в виде правовых норм в иных статьях законодательных актов.

Вместе с тем, мы поддерживаем мнение ученых, которые считают, что свобода договоров превратится в фикцию, если только все другие основные начала не будут реализованы в гражданском законодательстве и практике его применения, [17, с.153] поскольку, по нашему мнению, все принципы взаимосогласованы и взаимосвязаны.

Исходя из того, что нами обосновывается необходимость применения как нормативных, так и ненормативных принципов права, отметим еще один принцип, это принцип защиты прав предпринимателей и потребителей, имеющий непосредственное отношение к нашей теме. Как говорил Ю.Г.Басин, несмотря на кажущуюся противоположность названных явлений, защищенность подлинных интересов предпринимателей и потребителей ведет к одной цели – развитию предпринимательства, которое не может осуществляться иначе, чем через все более полное удовлетворение интересов и нужд потребителей, что и составляет главную задачу цивилизованной экономики. [26, с.87-88; 37, с.30]

Ю.Г.Басин называет шесть принципов гражданского законодательства, но при этом упускает такие основные начала, как необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечение восстановления нарушенных прав, а вместо них вводит принцип защиты предпринимателей и потребителей как основных субъектов гражданских правоотношений. [26, с.83] Аналогично поступают и другие авторы, с той лишь разницей, что называют другие прин-

ципы и меняют их количество. Полагаем, что поскольку основные начала (принципы-нормы) формально определены и облечены законодателем в правовую норму, то они не могут игнорироваться как учеными, так и правоприменителями. Непризнание их таковыми, или, наоборот, признание в качестве принципов права не названных таковыми законодателем, подлежит обоснованию, что мы и пытаемся осуществить.

Так, ст.8 ГК РК не называет добросовестность, разумность и справедливость принципами гражданского права, поэтому и юридическая практика идет по тому же пути, такого же мнения придерживаются и некоторые ученые. «Требования» добросовестности, разумности и справедливости как противоположность злоупотреблению правом предъясняются в общей части Гражданского кодекса РК неоднократно, но юридическая наука и практика их зачастую игнорируют. Причиной этого, на наш взгляд, является отсутствие специального указания законодателя на них как на основные начала (принципы) гражданского права, в связи с чем мы предлагаем поместить их в ст. 2 ГК РК, поскольку они обладают признаками, свойственными принципам гражданского права: нормативным закреплением, всеобщностью и универсальностью. Хотя в статье 8 ГК РК говорится только о применении этих «требований» только при осуществлении гражданских прав, на наш взгляд, добросовестно, разумно и справедливо субъекты должны поступать и при исполнении гражданских обязанностей. «Требования» разумности, справедливости и добросовестности распространяются на любые виды гражданских правоотношений, на любых субъектов, то есть являются универсальными, выражают «дух» права, чем и заслуживают быть принятыми как нормы-принципы, в отличие от иных норм права. Распространенность случаев недобросовестности, неразумности поведения участников гражданских правоотношений делает как никогда актуальным вопрос о закреплении данных «требований» в качестве нормативных принципов.

Аналогичная нашей точка зрения была высказана и обоснована С.А.Ивановой, [30] В.А.Беловым, [31] С.В.Михайловым [58], Т.В.Дроздовой [59], В.П.Грибановым, [36] А.В.Цыпленковой, [60, с.136] И.Д. Корецким [7, с.50] и другими авторами, а также поддерживается и некоторыми казахстанскими учеными. [61] Так, А.Г.Ди-

денко и Е.Нестерова пишут, что: «...в ГК отсутствует указание на добросовестность как общий принцип гражданского права. Ссылки на добросовестность как объективное основание регулирования гражданских отношений и субъективный критерий оценки поведения субъектов гражданского права, оказываются недостаточными для эффективного правового регулирования». [62, с.40]

В 1985 г. в диссертации Г.А.Свердлык целый подраздел был посвящен принципу добросовестного осуществления субъектами советского гражданского права прав и обязанностей в соответствии с их социальным назначением. [63, с.21-22] Мы также полагаем, что, поступая, например, недобросовестно, лицо ставит себя вне гражданского права, а, значит, не вправе рассчитывать на гражданско-правовую и законодательную защиту. [31, с.49, 52]

Д.Л.Кондратюк относит принципы добросовестности, разумности и справедливости к нравственно-правовым принципам и считает, что они должны иметь самостоятельное закрепление в каждой из отраслей права, в том числе в ст. 1 ГК РФ, что более четко ориентирует правоприменительную практику на необходимость их соблюдения, а не игнорирования. Присутствие в гражданском законе множества терминологических единиц в определении разумности и добросовестности (требование, термин, критерий, принцип и т.д.), в том числе совпадающих по значению, вносят сумятицу в их использование. Автор отмечает, что судьи, ссылаясь на те или иные статьи гражданского права, допускающие свободу усмотрения сторон или правоприменителя, часто принимают решения, которые не только противоречат добросовестности, разумности и справедливости, но и даже полностью им не соответствуют. Поэтому она тоже полагает необходимым внесение изменений в статьи ГК РФ, в части замены в них терминов «требование», «критерий» и т.д. на термин «принцип». [64, с.5]

В юридической литературе «добросовестность, разумность и справедливость» называют также презумпциями, общеправовыми аксиомами, оценочными понятиями, никак не относящимися к принципам гражданского законодательства. [20, с.66] Казахстанский законодатель не называет их ни принципами, ни презумпциями, говоря лишь о «требованиях». Но в Комментариях к общей части Гражданского кодекса РК добросовестность и разумность тоже называются принципами, этическими принципами. [65, с.395]

В пользу признания требований справедливости, разумности и добросовестности в качестве принципов гражданского права, наряду с приведенными мнениями ученых, говорит правило п. 1 ст.6 ГК РК: «При возможности различного понимания слов, применяемых в тексте законодательных норм, предпочтение отдается пониманию, отвечающему положениям Конституции Республики Казахстан и основным принципам гражданского законодательства, изложенным в настоящей главе, прежде всего в ее статье 2.» Буквальное понимание данной нормы свидетельствует о том, что принципы гражданского законодательства заложены не только в статье 2, но и в других статьях первой Главы ГК РК «Регулирование гражданско-правовых отношений», включающую в себя 11 статей – с первой по одиннадцатую. [27]

Сравнивая норму параграфа 242 ГГУ с нормой п.4 статьи 8 ГК РК, профессор А.Трунк называет добросовестность *принципом* не только гражданского, но и частного права в целом. Автор признает за добросовестностью функцию ограничения права. Констатируя, что аналогичной нормы нет пока в ГК Российской Федерации, А.Трунк со ссылкой на Концепцию совершенствования общих положений ГК РФ, полагает, что «в рамках запланированной переработки российского Гражданского кодекса общий принцип добросовестности будет в будущем специально включен в Гражданский кодекс». [66, с.64-65] При этом немецкий ученый тоже подчеркивает, что, несмотря на конструкцию рассматриваемой нормы применительно только к осуществлению гражданских прав, на самом деле она «может обосновывать также права и обязанности», «обязанность вернуть договору». [66, с.67]

По мнению Л.В.Борисовой, толкование и оценка добросовестности участников гражданских правоотношений должны производиться на основе объективного критерия, которым является поведение обычного, типичного, среднего (добросовестного) контрагента, то есть поведение, которое можно ожидать от любого участника правоотношения. [67] Тем самым данное «требование» применяется в гражданском праве в качестве объективного принципа, а не субъективной добросовестности, что усиливает нашу позицию.

Провозвестником для появления в нашем законодательстве норм о «требованиях» справедливости, разумности, добросовестности

послужили веяния европейского права, которое под влиянием французской революции буквально восприняло идеи свободы личности, юридического равенства, социальной справедливости.

После Великой Французской революции 1789 г. в Европе стали формироваться новые представления о сути общественных отношений, в частности, о том, что *разумно* действующая свободная личность путем свободного волеизъявления на основе заключаемых с другими такими же свободными лицами договоров решает вопрос о том, принимает ли она на себя ответственность по отношению к этим либо третьим лицам, и в каком объеме.

Анализ дореволюционной российской литературы показывает, что наукой гражданского права того периода уже учитывались процессы, происходящие в то время в зарубежном праве. Так, И.А.Покровский, анализируя содержание оценочных понятий на наличие в них признака определенности в немецком, французском, швейцарском и российском законодательствах, делал вывод, что: «Понятие «добрых нравов» оказывается условной формулой, при раскрытии которой отходят в сторону всякие соображения морали или благоприличия и на сцену выступают критерии чисто правового характера, только критерии не сознанные, не «обобществленные», остающиеся в стадии субъективного усмотрения судей». [68, с.180-186]

В международном частном праве часто применяется термин «разумность». Так, Принципы международных торговых договоров УНИДРУА закрепляют, что договор следует толковать в соответствии с тем значением, которое *«разумные лица, действующие в качестве договаривающихся сторон, могли бы придать ему при аналогичных обстоятельствах»*. [69, с.117]

Закон Великобритании «О недобросовестных условиях договоров» 1977г. также неоднократно использует термин *«разумность»* для решения вопросов об освобождении стороны от ответственности, либо, наоборот, возложения ответственности на нее. [69, с.32]

В качестве промежуточного итога размышлениям приведем мнение С.В. Михайлова о том, что более точно определить содержание принципов разумности действий и добросовестности должна судебная практика. В этом видится повышение значения судебного решения и его роль в приближении позитивного права к реальным социальным интересам. [70, с.77]

Справедливость является неотъемлемым элементом права, вся история человечества свидетельствует о представлении о праве как справедливости, в противоположность несправедливости, хотя справедливость является также оценочным понятием и в каждую экономическую эпоху имела разное содержание и толкование. История договорного права развитых государств свидетельствует о наличии общего требования взаимной справедливости, которое особенно учитывалось при толковании договоров в спорных случаях.

В правоотношениях с участием большого, неограниченного круга субъектов решающее значение имеет реализация принципа справедливости, вплоть до бытового уровня. Отсюда раздаются и мнения о целесообразности замены принципа свободы договоров принципом *справедливости* договоров. [69, с.16-17] Нам представляется, что критерии разумности и добросовестности, являясь самостоятельными категориями, вместе с тем взаимосвязаны и взаимообусловлены, как и принципы, помещенные в статью 2 ГК РК, они дополняют друг друга, без соблюдения разумности и добросовестности справедливость не может быть достигнута.

По мнению С.А.Ивановой, справедливость выступает универсальным мериллом действительности, человеческой практики, социальных институтов, что придает ей большую ценность. Формальная справедливость требует, чтобы законы применялись равным образом ко всем: каждому то, что положено по закону. [48, с.43]

В.С.Нерсесянц также полагал, что право как равенство включает в себя и справедливость. Ученый, говоря о смысловом и этимологическом восхождении справедливости к праву, утверждал, что только право и справедливо. Несправедливым, по его мнению, может быть, например, закон, но право несправедливым не может быть. [71, с.28]

С.А.Муромцев под справедливостью понимает присущую в данное время данной общественной среде совокупность субъективных представлений о наиболее совершенном правовом порядке, совокупность воззрений по крайней мере целого круга людей, иногда же — воззрений всего общества. Ученый полагал достоверным мнение, согласно которому справедливость обозначала первоначально правовой порядок, к которому должно стремиться взамен ныне существующего порядка. [72, с.146]

В Конституции РК принцип справедливости текстуально не закреплен. Поэтому он воспринимается как общеправовая идея, социальная ценность. «Справедливость» подразумевается, но почти не называется ни в судебных решениях, ни в большинстве нормативных правовых актов, ни в актах Конституционного Совета или Верховного Суда Республики, что подтверждается и самими судьями. В имеющихся немногочисленных примерах ссылка делается только на нормативные правовые принципы, и то в качестве только дополнительных обоснований принимаемого решения. [61, с.51] Для объективности отметим, что на «справедливость» суды иногда ссылаются при обосновании решений о компенсации морального вреда при решении вопроса о его денежной оценке.

Если бы принципы справедливости, разумности и добросовестности игнорировались либо прямо нарушались в единичных случаях, в процессе заключения и исполнения свободного индивидуального договора или внедоговорного правоотношения, то это не влекло бы, как правило, серьезных правовых последствий. Однако в случаях, когда имеет место вступление в договорные правоотношения неограниченного круга лиц на стороне потребителей товаров, работ или услуг, то несоблюдение, а тем более явное нарушение названных принципов влечет негативные последствия для правопорядка в целом, поскольку свидетельствует о нарушении принципа социальной справедливости. Такое положение имеет место именно в публичных договорах.

Тем самым, основные начала в статье 2 ГК РК изложены, наш взгляд, нелогично, в частности, такие общепризнанные наукой гражданского права принципы, как разумность, добросовестность и справедливость помещены в другой статье и названы термином «требования». На основании изложенного автором предлагается переместить принципы добросовестности, разумности и справедливости в статью 2, что позволит восполнить систему таких принципов и более четко сориентирует субъектов гражданского права и правоприменителей на необходимость их соблюдения, а не игнорирования.

На стадии реализации права должны применяться как нормативные принципы, закрепленные в статьях под названиями принципов или основных начал, так и принципы, закрепленные в других нормах, признаваемые таковыми наукой (добросовестность, разумность,

справедливость, в том числе социальная справедливость), а также принципы, признаваемые таковыми обычаями делового оборота («разрешено все то, что не запрещено», *pacta sunt servanda*).

Рассмотрение принципа свободы договора в настоящей работе не является самоцелью, этот прием необходим в дальнейшем для использования его результатов при характеристике публичного договора как ограничения этого принципа.

В термине «свобода договора» ключевой является общенаучная и философская категория «свобода», что и вызывает необходимость ее более глубокого рассмотрения. Тем более, что в научном исследовании необходимо выдерживать методологическую последовательность восхождения от абстрактного к конкретному, так как договор регулирует отношения на уровне единичных актов или их ограниченной совокупности, а философия рассматривает отношения на высшем уровне обобщения таких актов и других явлений. В настоящее время общепризнано, что любая фундаментальная наука, в том числе и юридическая, нуждается в наличии философских оснований, поэтому юридической науке всегда присуща идеологическая функция. Деидеологизация науки, произошедшая за последние десятилетия и имеющая неоднозначную оценку, повлекла за собой и то, что в настоящее время философскому обоснованию правовых явлений все еще не придается должного значения. Юридическая наука нуждается в «философской поддержке», а некоторые ее вопросы просто не могут быть раскрыты без философии. [73]

Схему: «от свободы в философском смысле – к свободе договора» используют многие исследователи. Полагая этот путь неизбежным, постараемся предложить собственное субъективное видение связи и соотношения приведенных понятий.

Право в субъективном смысле неразрывно связано с пониманием свободы. Еще Гай в 1-й книге «Институций» писал, что основное деление, относящееся к праву лиц, заключается в том, что все люди суть или свободные, или рабы. [74, с.117] Данное определение исходит из толкования свободы как физической свободы. Аналогичный смысл имеет и норма, заключенная в пункте первом ст. 16 Конституции Республики Казахстан: «Каждый имеет право на личную *свободу*». [75]

Г.В.Ф.Гегель вообще полагал право и свободу единым целым и говорил о праве только как о бытии свободной воли, [76, с.15, 89]

поэтому В.С. Нерсесянц писал, что «Философию права» Гегеля можно переименовать в «Философию свободы». По Гегелю, наука о праве есть часть философии, а свобода воли есть тот принцип, из которого мы исходим, ибо право — не что иное, как осуществление воли, поскольку она свободна, право покоится на свободе. Гегель критикует Канта, который также придерживается этого взгляда, однако Кант добавляет, что право непосредственно влечет за собой ограничение свободы. По мнению Гегеля, свобода является смесью свободы и несвободы, из них ограничивается несвобода, напротив, определение стороны свободы состоит в том, что свобода полностью осуществляется. Он выступал против понимания свободы как беспредельного явления и называл такое понимание фанатизмом. «Фанатизм видит во всем наличном бытии границу и хочет уничтожить ее, чтобы быть свободным; следовательно, тем самым свобода в этой негативной форме есть разрушение всего. Подобная свобода существовала в период Французской революции, когда степень свободы измерялась только степенью разрушения». [76, с.60, с.387] Как отмечают исследователи, парадокс состоит в том, что право, именуемое Гегелем свободой, предстает как система подчинения. Свобода же оказывается знанием и осознанием этого подчинения. Несмотря на кажущуюся парадоксальность, данное утверждение полностью вписывается в законы формальной логики. По нашему пониманию, нормы закона, предписывающие участникам гражданских правоотношений поступать определенным образом, одновременно и ограничивают свободу, и вместе с тем создают рамки («коридор, поле»), обращение в пределах которых и есть свободное обращение, реализация меры свободы.

Понимание права как свободы не ново, подобные взгляды встречаются в трудах цивилистов на протяжении последних двухсот лет (например, Д.И. Мейер).

Конституция РК многократно употребляет термин «свобода» в различных его аспектах, начиная с преамбулы, где говорится о приверженности народа идеалам *свободы*, равенства и согласия. Ст. 1 Конституции гласит, что высшими ценностями государства являются человек, его жизнь, *права и свободы*. Норма ст. 12 признает и гарантирует *права и свободы* человека в соответствии с Конституцией, а также декларирует принадлежность *прав и свобод* каждому человеку от рождения, их абсолютность и неотчуждаемость, определение ими содержания и при-

менения законов и иных нормативных правовых актов и т.д. Кроме прав, в статьях Конституции, посвященных обязанностям, также речь многоразды идет о свободе. Так, ст. 34 обязывает каждого соблюдать Конституцию и законодательство Республики Казахстан, уважать *права, свободы*, честь и достоинство других лиц. Статья 39 гласит, что *права и свободы* человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, *прав и свобод* человека, здоровья и нравственности населения, и т.д. [75]

Как видно, даже в основном законе многократно применяется философский, по сути – оценочный, термин «свобода», хотя Конституция, как и другой нормативный правовой акт - сугубо правовое явление, и тем более, имеющее высшую юридическую силу.

Проблема свободы имеет центральное значение в философии и является объектом исследования практически всех философских дисциплин. Философский смысл «свободы» применяется также в контексте философии власти (доминирования, господства).

Свобода личности как ее социально-правовая характеристика рассматривается во многих философских, юридических и иных трудах. В современной европейской культуре свобода конституируется именно в социальном контексте в таких сочетаниях, как «демократические свободы», «правовая свобода» и т.п. как результат преодоления несвободы, как противопоставление несвободе. Характеристика свободы личности определяет и существо государства, в котором реализуется эта свобода. [77, с.502]

В настоящее время на законодательство стран СНГ и Казахстана в частности, значительное влияние оказывают европейские правовые конструкции. В этом смысле говорят о западной правовой культуре как о гуманистической, персонцентристской, во главу угла в которой поставлены интересы отдельной личности. Даже термин «демократическое правовое государство», к статусу которого стремится Республика Казахстан, сложился под влиянием тех же идей. Влияние европейских правовых конструкций сказалось и на конструкции Уголовного кодекса РК, в котором, в отличие от прежнего Уголовного кодекса Казахской ССР, Особенная часть начинается с установления ответственности за преступления против личности, а не против основ государственного строя, как было прежде.

Классическая философия оперирует также понятием «свобода воли», которая представляется одним из частных проявлений принципа свободы. Философы сходятся во мнении, что истоки концепции свободы воли были заложены в одном из ранних произведений Эразма Роттердамского. Свобода воли определяется как способность человека к самоопределению в своих действиях. Платон считал, что поступать свободно — значит действовать, ориентируясь на идеал блага, согласуя личные устремления с общественной справедливостью. Высказывание Платона говорит о значимости свободы только в обществе, в общественных отношениях. В трудах по философии приводится пример Робинзона, для которого свобода не имела никакого смысла. Другими словами, свобода не имеет значения и смысла вне общества, и в этом плане свобода, как и право, относится к явлениям социальным.

Человек тоже существо социальное, он существует в обществе, все его права и свободы, а также обязанности проявляются только в обществе, по отношению к другим членам этого общества и к самому обществу. А потому его права и свободы, хоть и закрепленные на самом высоком законодательном уровне, не могут возводиться в ранг абсолютных, то есть неограниченных. Многие исследователи в качестве подтверждения данного тезиса приводят в качестве примера притчу о прекращении свободы размахивания кулаками там, где начинается нос другого человека.

Правовые нормы, направленные на регулирование общественных отношений, состоят не только из диспозитивных и факультативных норм, существуют также и императивные нормы, а среди общеправовых способов регулирования существуют как дозволения, так и запреты и ограничения. В противном случае в любом обществе царил бы хаос, а о поступательном развитии человечества и говорить бы не пришлось.

Тем самым возникает проблема свободы индивида в соотношении со свободами других индивидов. Как известно, нравственный императив И.Канта гласит, что субъект должен поступать так, чтобы его поведение могло стать всеобщим правилом для других.

Свобода в договоре может проявляться как свободное выражение воли сторонами, которые, устанавливая свои права и обязанности, не нарушают свободу третьих лиц и друг друга. В современной

действительности наблюдаются обратные явления, когда лицо, в одностороннем порядке устанавливая права и обязанности, нарушает при этом свободы своих же контрагентов. Жить в обществе и быть свободным от общества нельзя – эта, может быть, и «избитая», истина позволяет сделать вывод, что право, в сущности, есть не что иное, как мера внешней свободы одного субъекта по отношению к другому субъекту.

В теории права соблюдение права признается одной из форм его реализации. Соответственно этому соблюдать свои и чужие законные интересы – это и значит обеспечивать баланс, меру между своими правами и свободами и правами и свободами другого субъекта, сообщества людей, что мы и поименовали социальной справедливостью. Соблюдение права должно стать обычной формой жизнедеятельности индивидов в рамках действующего законодательства.

Однако свобода реализуется не только при соблюдении, но и при использовании права, которое предполагает активное, сознательное отношение к своим правам и свободам – субъект имеет возможность осуществить выбор разных вариантов поведения, например, на стадии заключения договора. Он становится свободным, независимым, что и требуется на современном этапе общественного развития. Ученые предлагают определять право вообще как меру свободы, а формальное равенство людей – как условие существования и использования меры свободы. [77, с.159-160]

Поэтому в содержании принципа свободы договора важное значение имеют воля и волеизъявление, о которых говорилось выше. Причем по общему правилу, внутренняя воля лица в сделке должна соответствовать его внешнему волеизъявлению, что является важнейшим условием действительности договора как сделки.

В правовой науке вопрос о первичности воли или волеизъявления является дискуссионным. Не вдаваясь в суть дискуссии, заметим: буквальный анализ формально-юридических норм позволяет сделать вывод, что основным содержанием принципа свободы договора является не внешнее выражение воли (волеизъявление), а сама внутренняя воля субъекта, которая в договорном правоотношении должна быть именно согласованной самими сторонами. Как говорил И.А. Покровский, «только сознательная и свободная воля людей может быть поставлена в качестве активного, правотворящего

агента. Только в принципе воли может найти себе надлежащее выражение идея частной автономии личности, и отказ от этого принципа лишил бы гражданское право той ариадниной нити, которая единственно может провести его через запутанный лабиринт всевозможных коллизий». [68, с.250]

Основные права и свободы личности закреплены в Конституции Республики Казахстан, как и конституциях других современных государств. Подчеркнем, что когда речь в настоящей работе идет о свободе личности, то имеется в виду не личность только физического лица, человека, а личность как субъект права, то есть в данном случае говорится о свободе личности в смысле субъекта права, включающего в себя и физическое, и юридическое лицо.

Республика Казахстан, конституируя себя правовым, демократическим и социальным государством, призвана создать наиболее эффективные условия для реализации свободы личности, в том числе и на свободу выражения воли в договорных отношениях. При этом приоритет прав и свобод человека, понимание его достоинства как величайшей социальной ценности должны стать основным мерилом степени выполнения социальной роли государства. Отрадно отметить в этом плане, что в последние годы в законотворческой деятельности одним из критериев такой деятельности служит критерий наличия или отсутствия в законопроекте нарушений прав и свобод личности. Негативным оттенком данного направления является то, что такой проверке подвергаются только новые законопроекты, а нормы действующего права не проходят экспертную оценку, что и является одной из причин наличия коллизий и пробелов в законодательстве Республики.

Одной из сфер применения термина «свобода» в позитивном праве и является принцип свободы договора в гражданском праве. Для теории права и отраслевых юридических наук, в особенности для науки гражданского права, он имеет особое значение.

Современный российский ученый К.И.Забсев также рассматривает сущность экономической свободы с учетом представлений о свободе как общенаучной и философской категории, изложенной в трудах Г.В.Ф. Гегеля и И. Канта. По его мнению, гражданское право является отраслью права, которая призвана способствовать выражению свободы личности, а так как оно регламентирует в основном

экономические отношения, то оно должно выступать гарантом экономической свободы. Вместе с тем, наделяя личность правами, гражданское право в то же время должно устанавливать границы их осуществления, чтобы при реализации своих прав лицо не вторгалось в область хозяйственного господства других членов общества. Этим он объясняет применение в гражданском праве, преимущественно имеющем дозволительную направленность, отдельных правил публично-правового характера. [55, с.18-19]

Принцип свободы договора является одним из основополагающих принципов не только гражданского, но и частного права в целом. Появление данного принципа неразрывно связано и с появлением договора как правового института. Однако в предыдущих общественно-экономических формациях проблема свободы договора в ее современном понимании не возникала, она появилась вместе с развитием техники, технологий, экономики и общества в целом.

Легального определения принципа свободы договора законодатель не приводит, поэтому такое определение формируется в доктрине гражданского права. Некоторые видят воплощение свободы договора в реализации правосубъектности в сочетании с методом автономии воли, говоря, что свобода договора представляет собой возможность, представленную государством частным лицам самим, собственной волей и в собственном интересе приобретать для себя права, осуществлять их, создавать обязанности и исполнять их. А.А.Нурмагамбетов под принципом свободы договора понимает прямо закрепленное в законе основное начало гражданского права, устанавливающее для субъектов договорных отношений свободу заключения договора, свободу выбора его вида, свободу определения условий и свободу его расторжения. [54, с.8]

М.Ю. Щетинкина предлагает следующее определение: «Принцип свободы договора – это установленная гражданским правом возможность субъектов гражданских правоотношений по своему усмотрению и в своем интересе реализовывать правомочия, заложенные в принципах и нормах гражданского права, а также предусматривать в договоре права и обязанности, хотя бы не предусмотренные законом, но и не противоречащие гражданскому праву». [78, с.8] Нам представляется наиболее объективным последнее определение и полагаем, что его можно взять за основу в нашей работе.

Как видим, основные критерии приведенных определений основаны на содержании данного принципа в сочетании с особенностями метода гражданского правового регулирования. То есть принцип свободы договора является одним из проявлений метода автономии воли, диспозитивного регулирования гражданских правоотношений, который позволяет участникам самим, свободно, в рамках действующего законодательства, избирать правила поведения по принципу «разрешено все, что не запрещено». Данная презумпция восходит к статье 5 Всеобщей Декларации прав человека и гражданина 1789 г., где говорится, что все, что не воспрещено законом, то дозволено, и никто не может быть принужден к действию, не предписанному законом. Частичное ее воплощение применительно к предпринимательству содержится также и в п.2 ст. 10 ГК РК: «Государство гарантирует свободу предпринимательской деятельности и обеспечивает ее защиту и поддержку».

Со времени закрепления в гражданском законодательстве Республики Казахстан и других стран СНГ принципа свободы договора и для нас стало очевидным, что важны не только определение круга правомочий сторон при реализации договорной свободы, но и соблюдение участниками правоотношений общечеловеческих ценностей, таких, как разумность, справедливость, добросовестность, нравственность, незлоупотребление правом. Сухой, официозный язык советских юридических текстов не придавал значения закреплению таких этических категорий в нормах гражданского права, они не «вписывались» в их содержание, как и сам принцип свободы договора. Если же отнести добросовестность, разумность и справедливость к принципам гражданского права, то свобода договора должна находить выражение в том числе и с учетом названных и иных принципов.

Говоря о содержании принципа свободы договора, традиционно в научной литературе выделяют три правомочия субъекта, которые сводятся к следующему:

- 1) стороны сами решают – вступать или нет в договорные отношения с кем-либо, т.е. заключать договор, или не заключать;
- 2) могут заключать договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством;
- 3) могут самостоятельно определять условия договора.

Исходя из этого, в литературе зачастую предлагается рассматривать принцип свободы договора как единство трёх его элементов: свободы заключения договора, свободы выбора заключаемого договора и свободы определения его содержания. [79, с.16]

Некоторые ученые дополняют данный перечень следующими условиями: стороны по своему усмотрению определяют с кем, где, когда, в какой форме заключать договор, расторгать ли договор; вправе самостоятельно вести переговоры с целью достижения соглашения путем использования любых правомерных способов и без ограничения во времени, а также в решении вопроса о целесообразности продолжения переговоров и т.д. [8] К.Осакве, анализируя англо-американское право, выделяет около 20 элементов свободы договора. [13, с.87-94]

Мы согласны с тем, что в содержание принципа договора входит право субъекта по своему усмотрению выбирать партнера (-ов) по договору, изменять условия или прекращать действие договора. В этом плане можно говорить о единстве не трех, а четырех элементов свободы договора.

Выбор же формы договора не всегда зависит от воли субъектов, так как для значительного количества договоров законодатель вводит обязательную форму – простую или квалифицированную письменную. Все же остальные приведенные выше дополнительные условия полагаем относящимися к праву определения условий договора. И.А. Покровский писал: «Всякий договор является осуществлением частной автономии, осуществлением той активной свободы, которая составляет необходимое предположение самого гражданского права». [68, с.249] Поэтому любые ограничения принципа свободы договора должны восприниматься как исключение из общего правила, закрепленного в нормативном принципе.

Весь массив элементов рассматриваемого принципа И.А.Покровский делил на две части: свобода договора в отрицательном смысле, которая включает в себя право вступать или не вступать в договор, и свобода договора в положительном смысле, предполагающая право определять содержание соглашения и право заключить не предусмотренный законом договор. [68, с.250]

В англо-американском договорном праве также выделяют два дихотомических понятия свободы, то есть позитивную свободу до-

говора (positive freedom of contract) - свободу заключения договора, и негативную свободу договора (negative freedom of contract) - свободу от договора. Свобода от договора означает право при начатых преддоговорных переговорах, но до заключения договора отказаться от его заключения. В англо-американском праве свобода от договора означает, что, несмотря на тот факт, что процесс преддоговорных переговоров уже начат, до тех пор, пока стороны еще не заключили договор, любая сторона вправе при наличии надлежащего основания (for proper cause) отказаться от дальнейших переговоров и, соответственно, от заключения договора. [22, с.87]

Такая составляющая принципа свободы договора, как право решать вопрос о заключении или незаключении договора, выбирать контрагента, определять условия будущего соглашения, реализуется в основном на стадии заключения договора, что дает основание говорить об особой роли данной стадии в реализации принципа свободы договора.

Тем самым из принципа свободы договора вытекает возможность заключения как свободных, или взаимосогласованных, договоров, а также так называемых обязательных договоров, условия которых не могут быть свободно определены сторонами. Из этого же принципа вытекает возможность заключения как предусмотренных, так и не предусмотренных законодательством договоров; как поименованных, так и непоименованных; право взаимно согласовывать условия договора или принять готовые условия оферты (акцептовать); право вступать в переговоры по поводу заключения договора либо не вступать и т.д.

При недостижении соглашения по существенным условиям, в соответствии с принципом свободы договора, договор считается незаключенным. Тем самым классическая теория договора, базирующаяся на принципе свободы договора, исходит из рассмотренного нами постулата свободы воли, а также принципов юридического равенства и независимости сторон.

Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кётц, поведение каждого субъекта должно ограничиваться рамками разумного понимания его контрагентом и не освобождает его от обязанности учитывать подлежащие защите интересы друг друга, равно как и от необходимости формулировать свое волеизъявление в полном соответствии с обще-

принятыми требованиями *делового оборота*. Обоснованием свободы договора К. Цвайгерт и Х. Кётц считают не только автономию воли, но также и частную и общественную выгоду. [69, с.11]

Однако, прежде, чем договор будет заключен, необходимо выражение сторонами воли в требуемой законом форме. Данный процесс традиционно делится на два этапа: предложение о заключении договора – оферту, и акцепт, т. е. полное и безоговорочное его принятие; либо неакцепт. Именно в процессе выполнения этих двух стадий и должно происходить свободное выражение намерений сторон, их внешнее волеизъявление и, в конечном итоге, заключение или незаключение договора.

В современный период на свободу волеизъявления в значительной степени влияет стандартизация содержания договоров. Огромное количество индивидуальных договоров заключается на основе «общих условий заключения сделок» (в зарубежном законодательстве), «типовых договоров» (в законодательстве стран СНГ) и т. п. Конечно, условное согласие в таких договорах присутствует, но буквальное согласование ему не предшествует.

Очень редкие исследователи отмечают еще одну особенность принципа свободы договора: это то, что государство само должно считаться со свободой индивида и предоставлять ему право самостоятельно определять свои условия существования. [69, с.8] Сейчас стало очевидным, что государство должно ограничить свое произвольное вмешательство в частные дела, чтобы избежать возврата к существовавшим ранее административно-командным методам управления экономикой. Государство, его органы не должны ограничивать произвольно свободу личности, установленную и закрепленную правом. Подчеркнем, что речь идет только о произвольном, бесосновательном, вмешательстве государства.

Буквальное воплощение принципа свободы договора в повседневной практике предполагает активное участие субъектов договора в формировании его условий, в противном случае не может быть речи об истинной свободе договорных отношений.

Анализ научной литературы показывает, что исследованию подвергаются в основном правоотношения на преддоговорной стадии и стадии заключения договора, а о свободе договора на стадиях исполнения и прекращения договора говорится крайне мало. Поэтому

мы согласны с мнением А.Е. Лисюковой, которая считает, что «этот принцип сохраняет свое главенствующее положение на всем протяжении существования договора» и стороны вправе изменить или расторгнуть договор своим свободным соглашением. [80, с.294] То есть по общему правилу принцип свободы договора должен действовать и на стадии преддоговорной (переговоры), и на стадии заключения договора, и на стадии исполнения, а также и на стадии прекращения договора.

Тем самым нормальным условием гражданского оборота является принцип свободы договора и его практическая реализация на практике. Обратное – это исключение из общего правила.

Основное содержание принципа свободы договора сформулировано законодателем в ст.380 ГК РК, однако в цивилистической литературе существуют и иные подходы к формулировке названия данной статьи «Свобода договора». Так, говоря о названии аналогичной статьи ГК Российской Федерации, Р.А.Тельгарин предлагает различать свободу договора в качестве общего нормативного принципа гражданского права, закрепленную в ст. 1 ГК Российской Федерации (ст. 2 ГК РК), а также свободу заключения гражданско-правовых договоров согласно ст. 421 ГК РФ (ст. 380 ГК РК) в качестве принципа непосредственно договорного права. Под принципом свободы заключения гражданско-правовых договоров он предлагает понимать закрепленную в законе и других нормах права свободу лица обладать независимой волей на вступление в договорные отношения в качестве полноправной стороны. [79, с.4] На этом основании, он логически полагает необходимым изменить наименование ст. 421 ГК РФ (ст. 380 ГК РК) на: «Свобода заключения договора» вместо имеющегося «Свобода договора». Представляется, что рациональное зерно в его рассуждениях присутствует, так как из всех правомочий, вытекающих из принципа свободы договора, на наш взгляд, наиболее важным является правомочие свободы заключения договора как общее условие вступления в договорные отношения. Статья 380 является специальной по отношению к ст. 2 ГК РК, поэтому следует согласиться с мнением данного автора.

М.Ф. Казанцев вместо термина «свобода договора» предлагает использовать термин «свобода договорного регулирования», полагая, что именно в динамике договорных отношений и проявляется свобо-

да договора. Под свободой гражданско-правового договорного регулирования автор понимает свободу (возможность) субъектов гражданского права посредством заключаемых ими гражданско-правовых договоров осуществлять гражданско-правовое регулирование своих отношений в любых пределах, не противоречащих законодательству. Мы солидарны с ним, что гражданско-правовой метод дозволения наиболее ярко проявляется именно в свободе договорного регулирования, а ограничения и тем более запреты являются исключением из этого общего правила. Однако в отношении названия рассматриваемой статьи более верным представляется редакция Р.А.Тельгарина.

История последних десятилетий знает и негативные примеры применения принципа свободы договора, когда свобода понималась как безудержное, безграничное поведение субъектов по своему субъективному усмотрению. Так, в эпоху «дикого капитализма» в перестроечные годы и годы первоначального становления рыночных отношений в странах СНГ широкое распространение получила теория, согласно которой в рыночной экономике якобы никакого вмешательства в договорную практику со стороны государства не должно быть. На самом деле рыночная экономика – это не рыночная стихия, совершенно не подверженная регулированию со стороны государства. В условиях рыночных отношений предпринимательская деятельность, например, характеризуется такими признаками, как законность, наличие предпринимательского риска и самостоятельной имущественной ответственностью за ее результаты (ст.10 ГК РК и ст.1 Закона РК «О частном предпринимательстве»), а также социальной ответственностью предпринимателей.

Об ошибочности теории «стихийного рынка» и ее последствиях А.Б.Венгеров пишет следующим образом: «...принцип «разрешено все, что не запрещено», – он выдавался за последнее достижение демократии. Под «шумок» ненаучной, невежественной апологетики этого принципа, некоторые субъекты федерации перестали вносить деньги в общесоюзный бюджет, создав социально-критические ситуации для финансирования науки, армии из бюджетной сферы и т.п. Чем это кончилось, теперь хорошо известно – распад федеративного государства СССР еще не самое большое зло. Последовали гражданские войны, обнищание народа и т.п. И теперь этносы многих государств лихорадочно, с большими социальными потерями ищут выход из сложившегося положения». [77, с.200]

Характеризуя тот период, С.С.Алексеев говорит о «взорвавшемся» в посттоталитарных условиях крайнем индивидуализме и о появлении термина «новые русские» в негативной окраске. [1, с.305]

Действующее гражданское законодательство не только закрепляет, но также и гарантирует реальное осуществление принципа свободы договора. Так, законодательство Казахстана предусматривает следующие гарантии свободы заключения договора: гарантия свободного передвижения товаров и товарообмена по всей Республике Казахстан (ст.2 ГК РК); ограничение монополистической деятельности, запрещающей монополистам доминировать своим положением на рынке (ст.11 ГК РК и др.); возможность применения обычаев делового оборота к правоотношениям, прямо не урегулированным нормами права (п.3 ст.4 ГК РК); нормативное закрепление принципов (презумпции) добросовестности, разумности и справедливости, которые должны применяться при осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей (статьи 6 и 8 ГК РК); законодательное закрепление различных видов юридической ответственности, вплоть до уголовной.

Гарантии выражаются также в признании недействительными кабальных сделок, совершенных под влиянием обмана, насилия, угрозы, злостного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (ст.159 ГК РК).

В связи со спецификой монопольного положения некоторых субъектов гражданских правоотношений, наибольшее закрепление, на наш взгляд, гарантии свободы договора для наиболее слабой стороны должны быть закреплены в антимонопольном законодательстве, так как конкуренция тоже должна осуществляться в рамках принципа свободы договора.

Кроме гражданского законодательства, гарантии свободы договора в виде ответственности за ее нарушение содержатся в законодательных актах других отраслей права. В частности, ст. 196 УК РК «Монополистическая деятельность» предусматривает ответственность за такие преступления, как установление и (или) поддержание субъектами рынка монопольно высоких (низких) или согласованных цен и т.д. Другая норма содержится в ст. 226 УК РК «При-

нуждение к совершению сделки или к отказу от ее совершения». [23] Статья 147 Кодекса РК «Об административных правонарушениях» предусматривает административную ответственность за монополистическую деятельность. [81]

Практическим воплощением всей совокупности принципов гражданского права должен стать гражданско-правовой договор, который, наряду с законом, призван выполнять регулирующую роль в гражданских правоотношениях. [8, с.5] Наиболее ярко регулятивная роль договора проявляется в тех гражданских правоотношениях, где контрагенты занимают явно экономически неравноправное положение, такие гражданские правоотношения и опосредуются так называемыми публичными договорами. Подытоживая наше исследование, считаем, что наиболее наглядное представление о сущности и характере действия той или иной отрасли права можно получить при анализе принципов, руководящих идей, которые, по мнению ученых, составляют основу, определяют содержание и внутреннюю согласованность ее норм и институтов, которые, отражаясь в конкретных нормах, превращаются в регуляторы общественных отношений. [29, с.12]

Говоря о пределах ограничения прав и свобод с проекцией на ограничение свободы договора, следует учитывать, что «предел» обозначает пространственную или временную границу; последнюю, крайнюю степень. Ограничения любых прав и свобод, в том числе и принципа свободы договора, в современном обществе, в правовом государстве должны производиться с определенной целью, вопрос об этом будет рассмотрен в следующем структурном подразделении работы.

Ограничение свободы договора как одного из общих начал гражданского законодательства одновременно является и ограничением конституционных прав и свобод, прежде всего, свободы в сфере экономической деятельности. Конституционные нормы о свободе экономической деятельности закреплены в п.4 ст. 26 Конституции РК как право на свободу предпринимательской деятельности, свободное использование своего имущества для любой законной предпринимательской деятельности.

Вместе с тем, наука гражданского права отмечает и другую сторону принципа свободы договора. Так, в соответствии с философскими законами, свобода не может быть безграничной. Например, соглашение

о найме исполнителя для совершения убийства, несмотря на наличие в нем всех формальных признаков договора, не является таковым.

Отсюда следует вывод: несмотря на то, что частное право в целом носит дозволительный характер, входящие в него отрасли права содержат также нормы об ограничениях субъективных прав, иначе это будет не право, а набор ничем не обеспеченных юридических правомочий, обычная декларация. Отрасль права характеризуется тем, что нормы ее устанавливаются публичной властью, являются общеобязательными и сама отрасль может эффективно функционировать только тогда, когда специальные отраслевые методы и способы правового регулирования соразмерно дополняются элементами публично-правового регулирования. «Чтобы познать... меру свободы договорного регулирования, надо выявить ограничения свободы», — считает М.Ф. Казанцев. [8, с.313] С.С.Алексеев полагает, что право в целом призвано обеспечивать сохранение и утверждение границ свободы в поведении людей. [10, с.31]

Р. Саватье писал, что хотя договоры и являются средством выражения свободы лица, однако эта свобода отчуждается в самом процессе осуществления этой самой свободы. [82, с.173] Иначе говоря, после заключения договора в предусмотренной законом или договором форме условия договора становятся обязательными для участников данного договора, имеют силу закона и ни о какой односторонней свободе далее не может идти и речи. В римском праве это выражалось формулой *pacta sunt servanda*. В международном частном праве данное правило закреплено в статье 1.3 Принципов международных коммерческих договоров.

Об обязательности исполнения уже заключенных договоров говорил и известный немецкий философ А. Шопенгауэр. [83, с.737] По мнению Д.И.Мейера, договор можно назвать частным законом. [84, с.372] Об этом же свидетельствует ставшая крылатой фраза «свобода есть осознанная необходимость». Часть 1 ст. 1134 французского Гражданского кодекса гласит, что «правомерные договоры становятся законом для лиц, их заключающих». [85] Ст.386 ГК РК также провозглашает, что договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения.

Однако все эти ограничения и пределы находятся в рамках принципа свободы договора, поскольку не относятся к моменту заключе-

ния договора, выбору контрагента и т.д. Как говорил Ю.Г.Басин, нельзя смешивать ограничения, которые возложили на себя сами участники договора, и свободу договора. [26, с.86]

В.В.Иванов выделяет два вида ограничения договорной свободы: внутреннее и внешнее. Под внутренним ограничением он имеет в виду взаимное самоограничение свободы, когда стороны идут на односторонние или взаимные уступки, свобода каждого из них ограничена аналогичной свободой других субъектов. Именно о таком ограничении мы говорили выше. Под внешним ограничением договорной свободы ученый называет закрепленные в нормативных правовых актах требования к содержанию, оформлению, порядку заключения договоров, а также нормативные принципы права. [5, с.75] Для целей нашего исследования в настоящем разделе более важное значение имеет второй из названных им видов ограничения договорной свободы.

Ограничение свободы касается ограничения субъекта в сфере его субъективных прав. Субъективное право не имеет легального определения, оно формулируется в науке, является доктринальным. Так, А.Курбатов предлагает определять субъективное право как предоставляемую конкретному субъекту юридическими нормами в целях удовлетворения его интересов меру возможного (дозволенного) поведения в правоотношении, обеспеченную корреспондирующей обязанностью другого субъекта правоотношения и гарантированную государством. [86, с.44] Он также считает, что ограничение прав обязательно должно быть соразмерно конституционно значимым целям защиты соответствующих прав и интересов.

Гражданский кодекс РК предусматривает несколько случаев, когда в виде исключения свобода договора может быть ограничена. При этом следует иметь в виду, что к случаям ограничения свободы договора относятся не только нормы, непосредственно содержащие слово «договор», но и иные нормы, направленные на регулирование вопросов осуществления и защиты гражданских прав, на регулирование предпринимательской деятельности и т.д.

Тем самым, ограничение свободы договора производится законодателем не только путем создания императивных правовых норм о договорах, но и, в частности, путем установления общих пределов осуществления гражданских прав. Так, п. 3 ст. 8 ГК РК устанавливает, что осуществление гражданских прав не должно нарушать прав

и охраняемых законодательством интересов других субъектов права, не должно причинять ущерба окружающей среде. Данная норма основана на более общей для нее норме, заключенной в п. 5 ст. 12 Конституции РК: «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать прав и свобод других лиц, посягать на конституционный строй и общественную нравственность».

Кстати, критерий нравственности также является одним из ограничений принципа свободы договора. Конституционная норма запрещает совершать деяния, посягающие на общественную нравственность. Права и свободы субъектов, по Конституции, могут быть ограничены в целях защиты нравственности населения (п.1 ст.39). Пункт 4 ст. 8 ГК РК требует при осуществлении субъективных прав соблюдать нравственные принципы общества, а п.1 ст. 158 ГК РК дает основания признать недействительной сделку, совершенную с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности. Естественно, понятия нравственности законодатель не разъясняет, и данный оценочный термин также остается на усмотрение правоприменителя.

Пункт 4 ст. 8 ГК РК обязывает субъектов действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели - также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором.

Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кётц, поведение каждого субъекта должно ограничиваться рамками разумного понимания его контрагентом и не освобождает его от обязанности учитывать подлежащие защите интересы друг друга, равно как и от необходимости формулировать свое волеизъявление в полном соответствии с общепринятыми требованиями делового оборота. [69, с.8]

Пункт 3 ст. 2 ГК РК содержит еще одно исключение, когда ограничения перемещения товаров и услуг вводятся в соответствии с законодательными актами, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

Пункт 4 ст. 26 Конституции РК устанавливает правило о регулировании монополистической деятельности и ее ограничениях зако-

ном. Недобросовестная конкуренция запрещается. Данная конституционная норма конкретизируется в ст. 11 ГК РК: «1. Монополистическая и всякая иная деятельность, направленная на ограничение или устранение законной конкуренции, получение необоснованных преимуществ, ущемление прав и законных интересов потребителей, не допускается».

Пункт 4 ст. 188 ГК РК предписывает собственнику при осуществлении своих правомочий не нарушать прав и охраняемых законом интересов других лиц и государства. Нарушение прав и законных интересов может найти выражение, наряду с иными формами, в злоупотреблении собственником своим монопольным или иным доминирующим положением. Кроме того, собственник обязан принимать меры, предотвращающие ущерб здоровью граждан и окружающей среде, который может быть нанесен при осуществлении его прав.

Гражданское законодательство запрещает использование права «во зло», злоупотребление правом, поскольку здесь нарушается мера разумного социального поведения, нарушается баланс своих и чужих прав, нарушается равновесие социальной системы. Полагаем, что запрет включения в договоры обременительных условий относится к нравственным критериям. Вместе с тем в юридической литературе слишком узко понимаются сделки, противоречащие основам нравственности, например, как сделки по продаже порнографических изделий. [14, с.138] Видимо, по такой причине доминирующие субъекты считают нравственным, не нарушающим закон ущемление интересов слабой стороны договора. Тем более, что та же ст. 8 ГК РК требования добросовестности, разумности и справедливости относит только к осуществлению субъективных прав, а не к исполнению обязанностей.

В науке гражданского права высказано полностью противоположное мнение о недопустимости как прямого, так и косвенного вовлечения в сферу юридического регулирования таких понятий как добрые нравы, мораль, основы нравственности, с чем мы не согласны. [87, с.9]

Свобода договора ограничивается также по поводу изъятых из оборота и ограниченных в обороте вещей, услуг – они не могут быть объектами договорных правоотношений, либо для включения их в оборот необходимы специальные разрешения.

Как сказано в Конституции РК относительно права собственности: собственность – это не только благо, собственность обязывает. Аналогичное правило действует и в отношении предпринимательской деятельности: свобода предпринимательской деятельности – это не только дар, но и бремя. [88]

Закрепление в специальных нормах права преимущественной покупки также устанавливает определенные пределы свободы заключения договора. [89, с.14-15]

Несмотря на отсутствие специального указания об этом законодателя, все отмеченные выше ограничения распространяются и на договорные отношения. Непосредственно ограничения именно договорной свободы касаются следующие нормы.

В частности, в пункте первом ст. 380 ГК РК говорится о возможности ограничения свободы договора в виде понуждения к заключению договора, «когда обязанность заключать договор предусмотрена настоящим Кодексом, законодательными актами или добровольно принятым обязательством». При этом следует иметь в виду, что для современных экономических отношений, в отличие от советских времен, характерно не только сокращение случаев обязательного заключения договоров, но и то, что нормы об обязательности заключения договоров относятся большей частью к тем, кто реализует товары, выполняет работы или оказывает услуги. А потребителям предоставляется возможность вступать в договорные отношения по собственной воле и в своем интересе. Однако законодатель и эту сторону в некоторых случаях обязывает помимо ее воли вступать в договорные отношения, например, по проведению обязательного аудита, обязательному страхованию и т.д.

Ст. 383 ГК РК закрепляет, что договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законодательством (императивным нормам), действующим в момент его заключения. Если же после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Многие нормы особенной части Гражданского кодекса об отдельных видах договорных обязательств предъявляют специальные тре-

бования к субъектному составу договоров, что также свидетельствует об ограничениях договорной свободы. Так, субъекты договора поставки, факторинга, франчайзинга должны быть предпринимателями. В договорах розничной купли-продажи, хранения в ломбарде, энергоснабжения сторона, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности, должна быть предпринимателем. Для заключения некоторых договоров субъект должен иметь лицензию. Многие юридические лица должны действовать в соответствии с объемом своей правоспособности – общей или специальной, в связи с чем государственные учреждения, например, не могут заключать договоры без согласия Казначейства, и т.д.

В литературе приводится также ограничение в виде цели заключения договора: договор розничной купли-продажи может быть заключен только для удовлетворения бытовых, домашних, семейных потребностей. [17, с.166-167]

К специфическим принципам договорного регулирования в рамках ограничения договорной свободы относят также принцип «содействия сторон при исполнении своих договорных обязательств» («принцип сотрудничества сторон») и принцип «экономичности исполнения». [7, с.50]

Еще один случай ограничения принципа свободы договора, причем для обеих сторон, присутствует в так называемых обязательных договорах: договоры обязательного страхования гражданско-правовой ответственности владельцев транспортных средств, перевозчиков, аудиторов, частных нотариусов, владельцев источников повышенной опасности; договоры о проведении обязательного аудита акционерных обществ, банков и т.д. Более подробно об этом будет сказано далее в настоящей работе.

И, конечно же, нельзя не сказать о том, что введение института публичного договора также является случаем ограничения договорной свободы в гражданском праве. Как известно, свобода договора является общим условием гражданского оборота, а ограничение данного принципа – исключением из этого общего правила. Однако, как верно отмечает Т.Боднар, публичные договоры имеют место в различных сферах экономической деятельности, а потому сфера ограничения договорной свободы на самом деле представляется достаточно широкой. [90, с.53]

С.И.Климкин, ссылаясь на цифровые данные известных российских ученых, говорит, что в составе норм ГК, регулирующих непосредственно договорные отношения, 90 процентов составляют не диспозитивные, как принято считать, а императивные нормы. [91, с.48]

В науке гражданского права к ограничениям свободы договора относят и заключение договора способом присоединения к варианту, разработанному только одной стороной (ст.389 ГК РК). Более подробный анализ договора присоединения будет проведен далее при рассмотрении его соотношения с публичным договором.

К сожалению, на практике довольно распространена ситуация, когда в предпринимательских сделках, исходя из принципа свободы договора, за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора устанавливается штрафная неустойка, размеры которой исчисляются астрономическими суммами, во много крат превышающими сумму основного долга. Кредитор обычно в судебном порядке требует ее принудительного взыскания, ссылаясь на свободу договора, а наши суды, удовлетворяя такие требования, выносят решения о взыскании требуемой суммы. При этом игнорируется требование ст. 297 ГК РК о том, что если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку, учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора. Данный пример свидетельствует о неумении судов использовать принцип разумности и справедливости, закрепленный в статьях 6 и 8 ГК РК и даже об игнорировании данного принципа, воплощенного в нормах ст. 297 ГК РК, хотя и другими словами. Однако даже в тех решениях судов, когда требование ст. 297 ГК РК учитывается, не говорится о том, что в противном случае нарушаются требования разумности и справедливости. [92, с.113]

Переходя к рассмотрению вопроса о степени и цели вмешательства публичной власти в частные правоотношения, обратимся к трудам И.А. Покровского, который, констатируя, что известные ограничения принципа договорной свободы неизбежны, вместе с тем также обращал внимание на то, что «весь вопрос заключается только в том, как далеко они могут идти и в каких терминах они могут быть выражены. А это раскрывает перед нами новую и чрезвычайно трудную проблему - быть может, одну из самых труднейших про-

блем всего гражданского права». [68, с.250] Сходное мнение высказано В.Ф.Яковлевым: «Важнейшая задача любой правовой системы состоит в установлении оптимального соотношения частных и публичных интересов» [115]

А.Б.Венгеров отмечает, что: «В последнее время одной из общепланетарных тенденций становится вмешательство государства в имущественные отношения – слишком сложными и социально значимыми становятся эти отношения. Способы такого вмешательства весьма разнообразны – типовые договоры, регистрационные средства, лицензирование, сертификации и т.д.» [77, с.312]

В своем знаменитом труде «Учебник торгового права» Г.Ф.Шершеневич обосновывал необходимость государственного вмешательства в частные правоотношения на примере железной дороги: «Соружение и эксплуатация железных дорог требуют затраты громадного капитала, что делает совершенно невыносимым проведение двух параллельных линий между одними и теми же пунктами. Поэтому железнодорожный путь бывает один, а, следовательно, создается такая монополия, которая может диктовать какие ей угодно условия купцам, вынужденным силами конкуренции обращаться к ее услугам. Представляя одним грузоотправителям льготы перед другими, например во время доставки, железная дорога убивает самую возможность конкуренции; принимая одни грузы и отказывая другим, она определяет направление торговли и производства; заставляя всех себе подчиниться, она сложила бы с себя раз и навсегда всякую ответственность за последствия перевозки и тем чрезмерно усилила бы рискованный элемент в торговой промышленности». [93, с.213] В связи с этим ученый считал, что деятельность крупных предприятий утрачивает свой частно-правовой характер [93, с.212, 213]

В.В. Иванов применительно к эпохе столетней давности, приведенной выше в высказываниях И.А.Покровского, Г.Ф.Шершеневича, М.М. Агаркова, пишет: «Договорная свобода была самым решительным образом ограничена как действиями государств, так и деятельностью частных субъектов, имеющих монопольные позиции на соответствующих рынках (трестов, синдикатов, корпораций) или просто обладающих преимуществами перед своими контрагентами». [6, с.89]

По мнению С.С.Алексеева, государство в целях реального проведения в жизнь принципов «правозаконности» призвано в эконо-

мической сфере практически повседневно поддерживать свободу договора, состояние свободной конкуренции, а вместе с тем и пресекать злоупотребления экономической свободой. Такое положение он определяет в качестве нормальной, обычной деятельности правового государства. [10, с.319-320]

Е.А. Суханов также считает, что невмешательство государства в имущественные отношения в настоящее время просто невозможно. Ученый осуждает только произвольное, необоснованное вмешательство государства, но одобряет вмешательство в целях защиты интересов кредиторов. При этом он замечает, что государство в целом не может отойти от процесса правового регулирования договорных связей, но данное регулирование должно быть законным, без ущемления автономии воли, с целью наведения и поддержания в государстве должного экономического порядка. [94, с.6]

В частности, государство регулирует экономические (хозяйственные) правоотношения путем установления регулируемых цен и тарифов, введения обязательного лицензирования, утверждения типовых форм договоров, обязательных правил и т.д. Естественно, что для осуществления правового регулирования имущественных отношений государство применяет в том числе и императивные нормы. Достаточно много императивных норм применяется государством в регулировании монополистической деятельности. [96] Аналогичная императивность в названной сфере присуща законодательствам практически всех развитых стран мира.

Как говорит А.Д.Корецкий, в настоящее время практически во всех потребительских и в большинстве предпринимательских договоров принцип свободы договора в традиционном его понимании отсутствует. Зачастую у менее слабой стороны отсутствует не только возможность определять условия заключаемого договора, но даже отказаться от его заключения. [7, с.5-6] Причину данного обстоятельства ученый видит в том, что современное общество уже не является обществом мелких, свободных, а потому – равноправных товаровладельцев. Процессы концентрации капитала, интеграции экономик, многократное увеличение стоимости материальных благ, оборот которых опосредует частное право и, как следствие - усиление государственного регулирования в сфере договорных отношений создают принципиально иные реалии, нежели те, в которых сформировалась классическая теория договора. [7, с.51]

Следует сказать, что в монографии «Публичные услуги и право» к публичным услугам отнесены услуги в сфере образования, здравоохранения, жилищно-коммунального хозяйства, услуги в области культуры, информационные услуги. Тем не менее, авторы монографии говорят о договорной природе рассмотренных ими услуг, признавая их гражданско-правовой характер. [96]

Л.Г. Ефимова, говоря о договоре банковского вклада, считает, что «договор банковского вклада объективно нуждается в специальном правовом регулировании именно ввиду специфики банковской деятельности: грамотный профессионал занимает деньги у потребителя. Учитывая изначально существующее неравенство двух сторон договора банковского вклада, законодатель ввел специальные императивные правила в интересах защиты слабой стороны правоотношения и в целях обеспечения надзора со стороны Центробанка РФ (специальный субъектный состав договора банковского вклада), который осуществляется им в рамках публично-правовой деятельности последнего». [97]

В последние десятилетия наиболее ярко выражено вмешательство публичной власти в правовое регулирование правоотношений с участием потребителей. По мнению А.А.Райлян, потребительское законодательство – это законодательство в сфере частного права, содержащее элементы публично-правового характера. Поэтому не случайно его реализация на практике носит проблемный характер, вызывает определенные трудности, сложности. Защита потребительских прав – одно из основных направлений социально-экономической политики государства, направленной на повышение качества жизни граждан. [98]

Под воздействием опыта развитых стран и международного сообщества страны СНГ также не могли остаться в стороне и в 1991 г. Казахстан, в 1992 г. Россия и другие государства в этот период приняли законодательные акты о защите прав потребителей, осуществив, на наш взгляд, правомерное и разумное вмешательство государства в частные правоотношения.

Договорные правоотношения должны быть основаны на юридическом равенстве сторон, автономии воли и свободном усмотрении. По сути, «коммерческие организации» в договорах, рассчитанных на массовое применение, должны конкурировать между собой в борьбе

за клиентов, борьба эта должна иметь своим содержанием предоставление наилучших условий для потребителей. Однако по сложившейся в течение многих десятилетий так называемой хозяйственной (юридической) практике «коммерческие организации» оказываются всегда доминирующей, диктующей свои условия стороной, а потребители – зависимой, фактически незащищенной, слабой стороной. Такая ситуация и вынуждает государство осуществлять вмешательство в регулирование частных правоотношений в целях соблюдения определенного баланса интересов потребителей и «коммерческих организаций», для их юридического уравнивания, в конечном счете - восстановления социальной справедливости, о которой говорил В.С.Нерсесянц. В гражданском праве сбалансированность интересов означает эквивалентность материальных, духовных благ и различных обременений. Она является показателем нормального функционирования экономики страны и отвечает интересам всего общества.

Вопросы предельности вмешательства государства в частные правоотношения путем ограничения прав и свобод рассматривались А.А.Савельевым, [99, с.13] М.Ю.Щетинкиной, [78, с.8] К.Скловским [100, с.36] и многими другими учеными. По мнению В.А.Бублика, пределами допустимости использования публичных начал в организации и динамике гражданских правоотношений предполагаются поведенческие стимулы субъектов права - интересы. [101] Об *интересе* как критерии вмешательства публичной власти в регулирование частных правоотношений говорят К.М.Маштаков, [102] С.В.Михайлов [70] и некоторые другие авторы. Украинский исследователь А.Кубко, как и российский автор С.В.Дорохин, полагают, что публичный интерес, являясь одним из важнейших факторов, который формирует и направляет воздействие государственной власти на общественные отношения, тем самым играет ключевую роль при конструировании модели соотношения публично-правового и частного-правового регулирования. Реализация публичного интереса происходит путем принесения в частноправовую сферу отдельных элементов публично-правового регулирования. [103, с.83; 104, с.4]

Однако вопрос о цели вмешательства публичной власти в частные правоотношения в названных работах не выясняется.

М.И.Брагинский считает, что цель вмешательства государства в данном случае – это обеспечение нормального правопорядка. [17,

с.246] Правопорядок – это очень широкое, емкое понятие, включающее в себя множество различных аспектов общественных отношений и состояния общества.

Цели ограничения прав и свобод закреплены практически во всех международно-правовых документах. Так, во Всеобщей декларации прав человека такими целями являются (п.2 ст.29): обеспечение должного признания и уважения прав и свобод других людей; удовлетворение справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе. [105, с.28]

В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах и Международном пакте о гражданских и политических правах указываются более детальные условия применения ограничений прав и свобод. Согласно ст.4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах ограничения должны осуществляться с целью способствования *общему благосостоянию в демократическом обществе*, определяться законом и не могут противоречить природе ограничиваемых прав. Второй из названных пактов (ст.ст. 12, 18, 19) называет в качестве целей ограничения прав необходимость охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения, а также прав и свобод других лиц. [107, с.30, 45, 47, 48]

В Европейской конвенции прав человека цели таких ограничений регламентированы еще более широко и помимо названных выше указываются следующие цели: поддержание экономического благосостояния страны; предотвращение беспорядков или преступлений; охрана территориальной целостности; защита репутации других лиц; предотвращение разглашения конфиденциальной информации; поддержание авторитета и беспристрастности судебных органов (ст. 10). [108]

Таким образом, главной целью ограничений в международном праве является охрана основных ценностей в обществе, выраженных формулой «общее благосостояние». Мы полагаем, что под общим благосостоянием понимается благосостояние «каждого и всех». Но для достижения такого положения участники общества должны испытывать состояние всеобщей справедливости, а именно социальной справедливости.

Как верно замечает А.В. Малько, «возможность ограничений основных прав и свобод личности по соображениям обеспечения ин-

тересов общества в целом или прав и свобод других лиц всегда таит в себе угрозу, если даже не злоупотреблений, то, во всяком случае, принятия несоизмеренных охраняемому общественному интересу ограничительных мер». [109, с.59] Изучение упомянутых выше международных пактов не дает возможности выявить пределы ограничений. В Международном пакте о гражданских и политических правах указывается, например, что в случае чрезвычайного положения возможны отступления от некоторых положений статей (ч.3 ст.4), однако, какова крайняя степень, предельная граница этих отступлений, не говорится. В науке гражданского права и в общеправовой науке также нет четких критериев, позволяющих обозначить пределы ограничения прав и свобод индивида, в том числе и свободы в договорных правоотношениях.

Тем самым большая часть исследователей в качестве цели вмешательства государства в регулирование гражданских правоотношений называет стремление защитить так называемую слабую сторону в договорных правоотношениях и установление нормального правопорядка. Добавим, что определение такой цели свидетельствует о социальной направленности современного гражданского права.

Нам представляется, что необходимость вмешательства публичной власти в частные правоотношения и степень такого вмешательства должны определяться целью достижения *социальной справедливости* в обществе. А защита слабой стороны в договоре – это одно из проявлений принципа социальной справедливости.

В обоснование приведем тезис о том, что право – это социальный институт, отсюда и его предназначение к установлению и поддержанию именно социальной, а не абстрактной, справедливости. *Социальная справедливость* представляется в качестве согласования, достижения компромисса или баланса интересов отдельных индивидов и социальных групп, достижение общего блага, поскольку именно достижение компромисса, основанного на законе, и составляет сущность управления обществом посредством правового регулирования. Публичные договоры – это сфера общественных отношений, в которой наиболее ярко проявляется противоположность интересов сторон, поэтому достижение максимальной сбалансированности, а не только формального равенства противоположных интересов и представляется воплощением принципа социальной

справедливости. Другой стороной социальной справедливости является также максимальная совместимость индивидуальных и коллективных интересов, осознанная на правовом уровне, а не на уровне субъективного эгоизма отдельной личности.

Причем в теории права констатируется, что функции права изначально соответствуют природе справедливости, поскольку право и справедливость – однокоренные слова. Баланс частных и публичных интересов, о котором говорят ученые, должен определяться целью справедливого решения именно социальных задач.

По мнению В.С.Нерсесянца, справедливость – это правовая оценка всего остального, неправового. Он отмечал, что требования так называемой «социальной справедливости» с правовой точки зрения имеют рациональный смысл и могут быть признаны и удовлетворены лишь постольку, поскольку они согласуемы с правовой всеобщностью и равенством и их, следовательно, можно выразить в виде требований самой правовой справедливости в соответствующих областях социальной жизни. [71, с.31]

Достижение справедливости составляет цель правового регулирования. Под *социальной справедливостью мы понимаем удовлетворение правомерных общественных, публичных интересов посредством удовлетворения интересов всех и каждого.*

Если в советском праве во главу угла ставились интересы социалистического государства, чем и объяснялось повальное вмешательство государства в регулирование частных правоотношений, то в современных условиях высшими ценностями государства «являются человек, его жизнь, права и свободы» (статья 1 Конституции РК). Человек – существо социальное, общественное, поэтому состояние социальной справедливости особенно созвучно и природе человека, личности, индивида, а не только природе права.

Установление справедливости было вечной идеей человечества, социальным идеалом, однако содержание термина «справедливость» в разные исторические эпохи было совершено различным. Например, даже в самых демократических рабовладельческих республиках было справедливым считать рабов вещами, в советском социалистическом государстве было справедливо осуждать сограждан к длительным срокам лишения свободы за сбор оставшихся в поле колосков, принудительно изымать весь урожай, обрекая население

на голод и т.д. Тем самым, на наш взгляд, справедливость вообще, и тем более социальная справедливость – это свойство общественных отношений, но не статичное, а динамичное свойство.

В.Д.Филимонов, основываясь на анализе международно-правовых документов, считает, что принцип справедливости по своему значению является «генеральным принципом» по отношению к иным правовым принципам. [41, с.9-10]

В международно-правовых документах четко закрепляется связь между справедливостью и прогрессивным развитием общества, всего человечества. [110, с.450-451] Отсюда можно заключить, что правовое регулирование общественных отношений должно осуществляться законодателем в целях прогрессивного развития общества и приведения в соответствие личных и общественных интересов.

Принцип социальной справедливости не относится к принципам-нормам, это принцип-идея, незримо присутствующий во всей совокупности правовых норм. В наиболее общей форме он выражен в основных началах гражданского законодательства, рассмотренных нами ранее. Результатом признания и соблюдения общих и отраслевых принципов права является реализация принципа социальной справедливости в гражданском праве. И наоборот, нарушение хотя бы одного из принципов гражданского права ведет к недостижению принципа социальной справедливости в гражданских правоотношениях. [30, с.22, 25] Поэтому понятие «социальная справедливость» отличается многогранностью содержания.

Некоторые его грани можно усмотреть в нормах действующего законодательства РК. Так, термины «справедливость», «социальная справедливость» применяются в статьях 38 и 52 Уголовного кодекса РК. Статья 52 УК РК «Общие начала назначения наказания» определяет, что «лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается *справедливое* наказание в пределах, установленных соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса, и с учетом положений Общей части настоящего Кодекса». [23]

Гражданский кодекс РК (п.2 статьи 5) позволяет при невозможности использования в указанных случаях аналогии закона определять права и обязанности сторон, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и *справедливости* (аналогия права).

Аналогичные характеризующие признаки содержатся и в п.4 статьи 8 ГК РК, в соответствии с которым «граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и *справедливо*, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели - также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и *справедливость* действий участников гражданских правоотношений предполагаются».

Пункт 6 статьи 7 ГПК РК «Принцип законности» гласит, что если законодательными актами или соглашением сторон спора предусматривается разрешение соответствующих вопросов судом, суд обязан разрешать эти вопросы, исходя из критерия справедливости и разумности. Таким образом, это говорит о прямой связи принципа справедливости с принципом законности. Однако данные критерии судом применяются крайне редко, особенно при разрешении имущественных споров.

Так, при рассмотрении дела по иску Кировского филиала Акционерного банка г. Караганды к ТОО «Сив» особых сложностей и споров почему-то не вызвал вопрос о взыскании основного долга в размере 772125 тенге, начисленных годовых в размере 1 658 757 тенге и пени за просрочку в размере 1 640 715 тенге. Хотя суммы годовых и пени (неустойка) более чем в четыре раза превышали сумму основного долга. Основной спор развернулся вокруг суммы штрафа в размере 5 557 450 тенге, взысканного с банка за дебетовое сальдо, которое по исковому заявлению истца образовалось в связи с невозвратом ответчиком кредита и неуплаты процентов. В связи с тем, что истцом не было доказано возникновение дебетового сальдо из-за невозврата кредита ответчиком, в части регрессного взыскания суммы штрафа, уплаченного банком за допущение дебетового сальдо, было справедливо отказано. [112] Хотя суд был вправе также и уменьшить неустойку согласно статьям 8 и 297 ГК РК, поскольку она чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора. А о ссылке на статью 8 ГК РК или на п.6 ст.7 ГПК РК в судебной практике и мечтать не приходится.

Из опыта современных развитых стран дальнего зарубежья также следует, что государственное вмешательство в регулирование

хозяйственных, экономических, а, в конечном счете, гражданских правоотношений, имеет тенденцию к усилению. Американский ученый Г.Берман свидетельствует, что в США имущественные права сильно ограничены как в интересах *социальной справедливости*, так и экономического развития государства. В регулируемой рыночной экономике имущественные права индивида определяются сдержками и противовесами государственных и социальных интересов. [111, с.204] Это еще одно подтверждение необходимости достижения социальной справедливости при правовом регулировании общественных отношений.

Поэтому еще раз подчеркнем, что принцип социальной справедливости должен быть главным критерием при регулировании гражданских правоотношений. Установление случаев ограничений принципа свободы договора должно, по нашему мнению, определяться только целями достижения социальной справедливости. Тем самым принцип социальной справедливости способствует разрешению социальных противоречий с помощью права, носит социальный характер.

Республика Казахстан провозгласила себя социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие каждого индивида. [75] Такое государство обеспечивает сочетание экономической свободы с государственным регулированием рыночных отношений на основе закона.

Говоря о предпринимательских правоотношениях, Ю.Г. Басин считал, что государство более четко должно определять границы свободной рыночной деятельности, совершенствовать методы надзора и контроля на тех участках рыночных отношений, которые затрагивают интересы третьих лиц, непосредственно не участвующих в контрактах, интересы потребителей, публичные и социальные интересы. Он подчеркивал, что эти исходные концептуальные положения очевидны и для государственной власти, и для непосредственных участников рыночных отношений, и для тех, кто зависит от развития и конкретного проявления таких отношений. Подчеркивая, что в разных странах по-разному предпринимаются попытки ввести свободы рыночных связей и контактов в определенные рамки, закрывающие возможные «болезненные точки» подобной свободы, Ю.Г. Басин вместе с тем отмечал, что «жизнь обгоняет прочность право-

вых запретительных мер» и требует их неустанного развития, укрепления и обновления. В качестве примера он приводит нарушение предпринимателями справедливых интересов других лиц при сохранении видимости правомерных действий. [113, с.102-103] Данный тезис ученого будет подтвержден нами в последнем разделе работы при рассмотрении конкретных договорных конструкций.

Наряду с публичным договором в гражданском праве существует термин «договоры в публичном праве», который также необходимо отличать от предмета нашего исследования. В публичном праве все чаще применяются договорные отношения, чему свидетельством являются входящие в юридический оборот словосочетания «административные договоры», «договоры в финансовой сфере» и т.п. Одно из последних исследований в данной сфере проведено Е.Н.-Горловой на тему «Публичный договор в финансовом праве». [114]

Наиболее распространенными и понимаемыми договорами в публичном праве являются международные (межгосударственные) договоры.

В Российской Федерации в связи с федеративным государственным устройством тенденция сближения конституционного и частного права становится особенно заметной с внедрением в практику конституционного права договорного способа регулирования общественных отношений. По этим причинам традиционное понимание конституционного права лишь как части публичного права, по мнению исследователей, уже не соответствует уровню современного развития данной отрасли. [104, с.3]

Н.Л.Морозов констатирует, что помимо сферы разграничения полномочий и предметов ведения широкое распространение получило заключение договоров в области законотворчества между субъектами Федерации и, кроме того, считает целесообразным заключение договоров между ними в экономической, научной, культурной экологической и других сферах общественной жизни. Вместе с тем он считает, что в государственно-правовых отношениях должен превалировать не договор, а закон. [115, с.77-78] Другие российские исследователи высказывают обоснованную точку зрения о том, что договорные отношения в публичной сфере должны применяться в качестве дополнительных мер регулирования общественных отношений, при условии безусловного приоритета федеральных законов, а тем более, Конституции. [116, с.276, 277, 282; 117, с.28]

Тем самым частные начала стали проникать в чисто публичную, властную сферу правоотношений. О широком проникновении договорных методов регулирования в различные, в том числе традиционно публичные отрасли права пишет и А.Д.Корецкий, [7, с.6] и другие авторы. Однако ученые предостерегают от излишнего применения терминов «договор», «договорное обязательство» в публично-правовых сферах. В частности, М.К.Сулейменов говорит о «налоговом договоре» и «налоговом обязательстве» как о фикции, не отражающей реальных отношений. [118, с.45]

Таким образом, мы поддерживаем мнение ученых о том, что принцип свободы договора, несмотря на его широкое содержание, не является абсолютным, в гражданском законодательстве он ограничивается в случаях, когда речь идет о таких наиболее важных и приоритетных основаниях, на которых покоится соблюдение законности и правового порядка в государстве, то есть социальной стабильности, без которых само существование правового демократического государства не представляется возможным. [119] Одним из проявлений такого ограничения является сфера действия публичных договоров в гражданском праве.

Свобода личности в сфере гражданских отношений не может быть гарантирована одними лишь частноправовыми средствами. [120, с.13-14] Поэтому многие институты частного права подкрепляются нормами публичного права. Основной функцией правового государства является разумное сочетание, соблюдение справедливого баланса публичных и частных начал в регулировании гражданских правоотношений, тем самым соблюдение баланса интересов является критерием, определяющим пределы вмешательства государства в частные правоотношения. Целью же такого вмешательства является достижение социальной справедливости, особенно при регулировании правоотношений с участием множества субъектов на управомоченной стороне, как это имеет место в публичных договорах.

Как говорит С.С.Алексеев, для современного частного права характерно глубокое единение с современным естественным правом и кульминационным его выражением является органическое единство с неотъемлемыми правами человека, [121, с.43] что мы и выражаем через достижение социальной справедливости.

1.2 Публичный договор как ограничение принципа свободы договора

Под правовым институтом в юридической науке понимается часть отрасли права, т.е. совокупность правовых норм, регулирующих самостоятельный вид однородных общественных отношений, где правовые нормы группируются по их юридическому содержанию. Вместе с тем, как отмечает М.К. Сулейменов, институт права является наиболее слабо разработанным и наиболее неопределенным понятием в системе права, по сравнению с нормой права и отраслью права. Свое мнение он обосновывает тем, что до сих пор в науке не выработаны критерии, позволяющие определить, на каком уровне обобщения возникает правовой институт и какими уровнями обобщения он ограничивается. [122, с.15] Видимо, поэтому выражение «институт публичного договора» вызывает неоднозначное восприятие. Такому восприятию способствует и то, что юридическая конструкция под названием «договор в публичном праве», «публичный договор» и т.п., хотя пока и редко, но все же применяется и в других отраслях права. Здесь же публичный договор рассматривается в качестве института именно гражданского права.

Мы поддерживаем мнение М.К. Сулейменова о том, что в системе права различаются в основном три структурные единицы: норма права, институт права и отрасль права, а в некоторых случаях можно говорить о подотрасли права. Поскольку публичный договор нельзя отождествлять ни с нормой права, ни с отраслью либо подотраслью права, то необходимо исследовать его именно как институт права, другого подхода быть не может.

Главная функция правового института состоит в том, чтобы в пределах «своего участка» общественных отношений данного вида или рода обеспечить цельное, относительно законченное регулирование. [123, с.275] Публичный договор как институт гражданского права - это совокупность гражданско-правовых норм, регулирующих договорные правоотношения в сферах экономической деятельности, где существует экономическое неравенство сторон, требующее установления дополнительных правовых гарантий для потребителей. Нормы о публичном договоре «рассыпаны» в различных нормативных правовых актах, основным из них является, конечно, Гражданский кодекс РК. Поэтому для исследования феномена под названием «пуб-

личный договор» мы проведем изучение как истоков его возникновения, последующего развития, научного обоснования, так и формально-юридическое его закрепление в нормативных правовых актах.

Институт публичного договора в зарубежных странах

Исходя из положения о новизне рассматриваемого правового института в отечественном праве и законодательстве, а потому - в целях наиболее глубокого и полного его исследования, рассмотрим «корни» публичного договора, его становление и развитие в законодательстве развитых зарубежных стран, некоторых стран СНГ и нашего государства. Тем более, что учёт тенденций развития зарубежного законодательства имеет не только теоретическое, но и практическое значение, связанное с повышением эффективности правового регулирования определенных общественных отношений. В соответствии с общими положениями теории права, «общественные явления вообще должны рассматриваться в историческом ракурсе и перспективе, только тогда они выступают в систематизированном знании во всей своей полноте. Это важный методологический подход к изучению процессов...». [77, с.271]

На современную теорию договорного права существенно влияние оказывает европейское право, в котором все более получают развитие и утверждение идеи Просвещения, общечеловеческие гуманистические идеалы и принципы, идеи соблюдения прав человека и отстаивание ценности личности в современном обществе. Так называемое «вхождение в европейское экономическое пространство», которому подвержен и Казахстан, постепенно ведет к отходу от разделения юридической науки на «национальные квартиры». Европейское право включает в себя как романо-германскую, так и англо-саксонскую правовые семьи.

Говоря о романо-германской правовой системе, следует отметить, что в уже Древнем Риме существовали «*actiones populares*», то есть «народные иски», или публичные иски, которые были направлены именно на защиту общественных интересов. Они предъявлялись конкретным частным лицом, но взысканные с ответчика штрафные санкции по которым в денежном выражении поступали в общественную казну. [124, с.93; 72, с.188-192]

Наиболее ранние письменные источники о делении права на частное и публичное также отсылают нас к римскому праву. Однако

начало закреплению принципа свободы договора и лежащей в его основе свободы личности связывают с эпохами Возрождения и Просвещения, с французской буржуазной революцией 1789 г. После Великой Французской революции в Европе стали формироваться новые представления о сути общественных отношений, в частности, о том, что разумно действующая свободная личность путем свободного волеизъявления на основе заключаемых с другими такими же свободными лицами договоров решает вопрос о том, принимает ли она на себя ответственность по отношению к этим либо третьим лицам, и в каком объеме. В этом смысле ученые и политики говорят о западной правовой культуре как о гуманистической, персоноцентристской, во главу угла которой поставлены интересы отдельной личности.

Однако, отмечает В.В.Иванов, экономический и социальный прогресс заставлял классический либерализм сдавать одну позицию за другой, мир «социализировался». Смертельный, по его мнению, удар по договорной свободе нанесли развитие техники, промышленный рост и дифференциация хозяйственной жизни; конец XIX в. ознаменовался везде в большей или меньшей степени усилением ограничительной тенденции по адресу принципа договорной свободы. Серийное производство товаров и услуг автоматически означало рационализацию права, в частности, стандартизацию договорной практики. Договоров приходилось заключать все больше и больше и переговоры об условиях каждого отдельного из них признавались бессмысленными. Поэтому исполнители, чья деятельность была сопряжена с постоянным заключением договоров, стали в одностороннем порядке определять свои стандартные условия и фиксировать их в формулярах и иных стандартных формах (общие условия сделок, общие условия договоров, стандартные условия договоров), которые вручались потенциальному контрагенту, за которым предполагалось лишь право на согласие с ними. [6, с.89-91]

На рубеже 19-20-х веков законодательство развитых зарубежных стран прославилось также так называемым «антитрестовским законодательством», основной целью которого было содействие развитию добросовестной конкуренции, а в конечном счете – практической реализации принципа свободы договора в сфере промышленного производства путем ограничения свободы крупных монополистов.

Исследуя основные периоды развития цивилистической мысли, касательно эпохи перехода капитализма в стадию империализма, О.С.Иоффе писал, что именно сфера имущественного (гражданского) оборота с переходом к империализму претерпевает такое усложнение и обновляется в такой степени, что старые частноправовые нормы зачастую оказывались бессильными в столкновении с конкретными жизненными случаями. Ученый объясняет это тем, что в условиях технического прогресса, который был достигнут к первому десятилетию XX в., сколько-нибудь длительное автономное существование индивида полностью исключалось, отношения между людьми стали сложными и многочисленными. Если бы, например, собственник телеграфа или железной дороги решил приостановить эксплуатацию принадлежащих ему объектов, это в такой мере нарушило бы интересы общества, что оно было бы вынуждено предписать собственнику выполнение его функций, не считаясь со ссылкой на неприкосновенность субъективных прав. [125, с.111]

Как говорит О.С.Иоффе, случаи, когда контрагенту предписывается заключение договора, немецкий юрист Ниппердей именовал *Kontrahierungszwang* (понуждение к договору), а заключенный таким путем договор был им назван *dictierter Vertrag* (продиктованный договор). При этом имелось в виду не всякое, а лишь такое принудительное заключение договора, которое вызывается «чуждой воле контрагентов принуждением». Но Ниппердей не относил к «продиктованным» договорам, например, окончательный договор, признанный судом состоявшимся в порядке принудительного исполнения предварительного договора. В то же время за пределами «продиктованных» договоров оставались договоры, заключаемые по воле обеих сторон, но на условиях, выработанных одной из них и не подлежащих согласованию с другой. Впоследствии такие договоры получили свое наименование со стороны французского юриста Салейлля, который назвал их *contrats d'adhesion* (договоры присоединения). «Условия таких договоров фиксируются на исходящем от монополии формуляре, который либо только вручается другой стороне (например, выдается поклажедателю при складском хранении), либо также заполняется ею (например, страхователем при заключении договора страхования) с возможностью известной конкретизации лишь в установленных заранее пределах. Поскольку включенные в

формуляр условия практически обязательны для обслуживаемой клиентуры, они получили наименование формулярного права. Утвердившись в экономической жизни, формулярное право и создало почву для практического использования договоров присоединения с самым широким размахом». [125, с.149]

Перечисленные и аналогичные другие явления экономической жизни вынудили современную западную цивилистику к прямому отказу от прежнего понимания договора как опирающегося на принцип свободы воли. [125, с.154] Германское гражданское уложение также первоначально было ориентировано на договорное индивидуальное регулирование имущественных отношений между простыми бюргерами, но затем претерпело существенные изменения в связи с названными нами обстоятельствами.

В законодательстве стран дальнего зарубежья до сего времени отсутствуют термины «публичный договор», «договор присоединения», вместо них применяются сходные по смыслу термины, означающие отсутствие свободного волеизъявления сторон, вынужденность принятия одной стороной условий договора, предложенных другой стороной, и т.п.

Договоры, которые ограничивали свободу выбора договорных условий для одной из договаривающихся сторон, называемые немецкими юристами «продиктованными», появились в Европе уже в конце 19 века. [125, с.150] Исторически с экономических и демографических позиций это объясняется урбанизацией населения, развитием техники и технологий, в том числе транспорта. Не случайно первые ограничения принципа свободы заключения договора были введены для договоров перевозки железнодорожным транспортом, которым стали пользоваться огромные массы населения в Европе, а также договоров страхования и других.

Частое обращение исследователей к праву европейских государств как почти к эталону в сфере защиты наиболее слабой стороны в договорных правоотношениях связано, по нашему мнению, также и с принятием Европейской Конвенции о правах человека, которая оказала несомненно важнейшее воздействие и на законодательство признавших ее государств. [100] Основная идея Конвенции – это признание индивида, автономной личности высшей ценностью. Нормальный правопорядок понимается как реализация прав

индивида, индивидуальных благ и прав, что логически ведет и к реализации общего (общественного) блага.

Важные изменения в деле прогрессивного развития законодательства о несвободных (публичных) договорах в форме договоров присоединения в Европе и США произошли, начиная с 70-х годов XX века. На наш взгляд, вызвано это все более активным развитием техники по сравнению с началом XX века, появлением новых видов общественных отношений, требующих их опосредования экономическими правовыми способами. Так, в настоящее время активнее развитие компьютерных технологий, средств связи порождает все новые отношения, которые также оформляются типизированными договорными конструкциями в связи со все возрастающим и неограниченным кругом их участников.

С.Н.Костикова также считает, что «нормы «публичного договора» и «договора присоединения» в современном гражданском праве Российской Федерации несут в себе традиции «формулярного права» ряда капиталистических стран середины XX века». [126, с.26]

Важнейшая роль в утверждении принципа свободы договора в современных развитых государствах принадлежит Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г. (далее - Принципы). Целью Принципов является унификация права в области общих положений о договоре, создание некоей общей модели для регулирования экономических отношений субъектами любых государств в диспозитивном порядке, они носят рекомендательный характер, рассматриваются в качестве обычаев делового оборота. В соответствии с Принципами свобода договора признается базой для регулирования отношений сторон, но при условии установления пределов свободного усмотрения субъектов. [127, с. VIII; 92].

Так, в Принципах закреплено требование добросовестности и честной деловой практики (ст. 1.7), а основанием ограничения свободы договора называются цели защиты правопорядка, слабой стороны, кредиторов и т. д.

До 1973 года на международном уровне не предпринимались какие-либо попытки рассматривать специально вопрос, связанный с закреплением комплекса правовых норм для защиты интересов потребителей. Однако все чаще при заключении и исполнении определенных видов договоров с массовым использованием «коммер-

ческими организациями» типовых, стандартизированных договорных условий стала всплывать проблема недобросовестных, или «злоупотребительных» условий договоров. В 1973 г. в рамках Комиссии ЕС был создан специальный орган - Консультативный комитет по защите прав потребителей и с 1975 г. официально стала проводиться политика по защите прав потребителей. К принятию адекватных мер на международном уровне понудили злоупотребления производителей и продавцов, невозможность рядовому потребителю защитить свои права в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей контрагентами. Поэтому государственные органы вынуждены были принимать меры по обеспечению защиты интересов потребителей, а также требовать от производителей и продавцов обеспечения качества и безопасности товаров, работ и услуг, устранения недобросовестной конкуренции. Так, в Великобритании, Греции, Италии, Нидерландах, Германии, Швеции, США нормы по защите прав потребителей были включены в состав общегражданского законодательства. В Японии, Канаде, Бразилии, Бельгии, Ирландии, Испании, Португалии, Финляндии, Франции были приняты специальные нормативные акты о защите прав потребителей.

Под их воздействием Генеральная Ассамблея ООН приняла Резолюцию от 16 апреля 1985 г. A/RES/39/248 «Руководящие принципы для защиты интересов потребителей». [128] Страны СНГ также не могли остаться в стороне и в 1991 г. Казахстан, в 1992 г. Россия и другие государства приняли законодательные акты о защите прав потребителей.

5 апреля 1993 г. была одобрена Директива Совета Европейского Союза о недобросовестных условиях договоров с потребителями, [129] которую страны – участницы ЕС должны были имплементировать в свое национальное законодательство не позднее 31 декабря 1994 г. [12, с.401] Германия, например, включила нормы названной Директивы путем внесения изменений и дополнений в Книгу 2 Гражданского уложения Германии (далее – ГГУ) «Обязательственное право» (так называемый Закон об изменении обязательственного права). [130]

Одним из следствий использования стандартизированных условий договоров стало навязывание более сильной стороной контрагенту выгодных только для себя условий. В цивилизованных госу-

дарства такие действия расцениваются как шикана - злоупотребление правом. Директива Совета ЕС 93/13/ЕС от 5.04.1993 г. о недобросовестных условиях договоров гласит, что такие условия могут присутствовать не только в письменной, но и в устной форме договоров. Отмечается, что недобросовестные условия «вопреки требованиям добросовестности создают существенный дисбаланс между правами и обязанностями сторон». В Приложении к Директиве дан обширный перечень конкретных недобросовестных условий. В ГГУ параграфы 308 и 309 также приводят такие перечни. [130] Полагаем, что и казахстанскому законодателю следует перенять такой опыт. Неопределенность, туманные намеки, предположения противоречат требованию формальной определенности права, отрицательно влияют на хозяйственную и судебную практику. Вместе с тем возможность признания условий договора явно обременительными и признание их недействительными основано на оценочном характере термина «явно обременительные условия», однако отечественные суды в случае спора не всегда верно толкуют данный термин.

Российский ученый М.И.Кулагин, исследуя современное зарубежное законодательство, писал, что: «Законодатель вынужден был, наконец, признать, что общее договорное право не дает рядовому гражданину адекватных средств защиты против крупной компании или сервисного предприятия, производящих или реализующих товар или услуги на рынке». [131, с.262]

В частности, в Германии существует Закон о стандартных (общих) условиях сделок (договоров) от 9 декабря 1976 г., касающийся договоров присоединения (он также имплементирован в ГГУ – параграфы 305а, 305в, 305 с). Нормы данного Закона, а, следовательно, теперь и ГГУ - позволяют путем толкования определить, какие именно условия стандартных договоров должны быть признаны недействительными. Параграф 307 ГГУ гласит, что если вопреки требованиям доброй совести положения общих (стандартных) условий сделок ставят потребителя в «чрезмерно невыгодное положение», например, в связи с неясностью и неоправданностью общих условий, то эти положения недействительны. Параграф 305 ГГУ содержит требование к текстам стандартных условий: они должны быть легко читаемыми, понятными для обычного потребителя, «ясно различимыми» и находиться в месте заключения договора; либо эти условия должны быть

представлены для ознакомления потребителю приемлемым для него способом, даже с учетом физических недостатков конкретного потребителя. [132, с.31-34; 130, с.136, 137] Параграфы 308 и 309 ГГУ очень подробно, с хорошим немецким педантизмом (в переводе на русский язык – на шести страницах) закрепляют общие запретительные условия, применяемые не только к «продиктованным», но и ко всем иным договорам. [130, с.138-143]

В англо-саксонской системе права такие договора называют принудительными договорами и также подвергают их особому правовому регулированию. Так, в США предусмотрен запрет на печать в бланках условий договора мелким шрифтом и на оборотной стороне текста договора, так как основные условия, имеющие существенное значение для потребителя, должны быть только на лицевой стороне, и выделены крупным шрифтом, чтобы нельзя было обмануть потребителя даже с помощью техники. [133; 13, с.137]

В сфере ограничения свободы договора в системе «общего права» существует несколько «надзорных доктрин», одна из них касается содержания договора: договор следует признать недобросовестным и, соответственно, недействительным на основании его процессуально-правовой обременительности для одной из сторон (например, из-за туманного, неясного и путаного изложения текста договора его содержание непонятно среднему здравомыслящему человеку; некоторые существенные условия договора «спрятаны» мелким шрифтом в сносках; договор напечатан таким мелким шрифтом, что человек с обычным зрением не может его прочитать без увеличительного стекла); согласно второй доктрине договор следует признать недобросовестным и, следовательно, недействительным на основании его материально-правовой обременительности для одной из сторон, и т.д. [13, с.137, 140]

Исследователи законодательства стран дальнего зарубежья выявляют следующие основания, позволяющие доминирующей в правоотношении стороне использовать свое преимущественное положение и создающие условия для нарушений прав потребителей:

- среднестатистический потребитель, как правило, просто не знает общие (стандартные) условия договоров, разработанные обязанной стороной и включенные в договор путем отсылки к этим общим условиям;
- даже если потребитель получает возможность ознакомиться с полным текстом договора, однако шрифт текста и его объем обычно

не вызывают у него желания внимательно его прочитать. В Казахстане такой способ оформления текстов стандартизированных письменных договоров применяют практически все страховые организации, банки и банковские учреждения;

- зачастую потребитель, не будучи специалистом в области юриспруденции и в сфере деятельности той или иной «коммерческой организации», не может понять смысла прочитанного текста.

Например, в Казахстане страховая фирма в тексте договора страхования применяет термин «франшиза», который непонятен среднестатистическому страхователю. При этом никто ему не поясняет, что за этим термином скрывается риск неполучения страховой выплаты в случае повреждения застрахованного имущества на указанную в качестве франшизы сумму; потребитель же надеется, что поскольку он застраховал имущество, то в случае любого его повреждения ущерб будет ему возмещен;

- потребитель, даже осознавший смысл договора, обычно легкомысленно рассчитывает на то, что событие, с которым связано исключение или ограничение ответственности «коммерческой организации», не наступит, или что обязанная сторона не прибегнет в этом случае к реальному применению указанных в договоре неблагоприятных для потребителя последствий;

- иногда потребитель оказывается не в состоянии внести изменения в договор по такой банальной причине, что сотрудник «коммерческой организации» не правомочен вносить изменения в договор. [12, с.401-402]

Полагаем, что эти же основания явились условием введения в законодательство института публичного договора в Республике Казахстан и иных странах СНГ.

Италия, как «правопреемница» устоев римского частного права, первой из стран дальнего зарубежья включила в Гражданский кодекс нормы о заключении договоров в форме присоединения и признании их действительными только в том случае, если будет доказано, что потребитель полностью ознакомился с содержанием такого договора и мог осознанно выразить свое волеизъявление о заключении договора на предложенных условиях. После Италии аналогичные нормы были включены в гражданское законодательство Израиля, скандинавских стран и т.д.

Во Франции, кроме Гражданского кодекса, сферу публичных договоров, заключаемых в форме присоединения, регулируют также Закон 1978 г. о защите и информации потребителей продуктов и услуг, а также Закон о защите прав потребителей 1993 г. В соответствии с названными законодательными актами, если суд выявит наличие в договоре «злоупотребительных условий», то они признаются недействительными («ненаписанными»). Защитой прав потребителей занимается специальный государственный орган. Видимо, по примеру Франции в России Министерство антимонопольной политики также ежегодно публикует доклады о состоянии защиты прав потребителей, что представляется заслуживающим внимания для Казахстана.

Т.Г.Квятковская на основе анализа соответствующей сферы приходит к выводу, что в Казахстане, в отличие от других стран СНГ и Балтии, отсутствует государственная защита прав потребителей, а имеющиеся в законодательстве нормы о защите прав потребителей со стороны государства носят декларативный характер. [134, с.18]

В США нормы о применении стандартных договорных условий закреплены в основном в Единообразном торговом кодексе (ЕТК). ЕТК оперирует оценочным термином «неоправданность» всего договора или его части, но не дает легального определения этой «неоправданности», что, по мнению аналитиков, влечет субъективный подход суда к разрешению конкретных гражданских споров. [12, с.409; 133, с.65]

В Великобритании таким нормативным актом называют Закон 1977 г. о недобросовестных условиях договоров. Основным недобросовестным условием в Великобритании считается исключение ответственности стороны, на которой лежит бремя исполнения основных обязанностей по договору.

Принятие на международном уровне названных выше Руководящих принципов ООН для защиты интересов потребителей 1985 г. свидетельствует о стремлении развитых стран к унификации частного-правового законодательства. Примерами частноправовой унификации являются также Венская конвенция 1980 г. о международной купле-продаже товаров, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА и Принципы европейского договорного права, в частности, Директивы Европарламента и Союза 93/13 от 5 апреля 1993 г. «О недозволенных оговорках в потребительских дого-

ворах», 97/7 от 20 мая 1997 г. «О защите потребителя при заключении договора дистанционных продаж»; 1999/44 от 25 мая 1999 г. «Об определенных аспектах купли-продажи потребительских товаров и о гарантиях качества потребительских товаров» и т.д. В унифицированных актах находит отражение сочетание подходов, взятых из разных правовых систем. Вместе с тем унифицированные акты, завоевывая постепенно всеобщее международное признание, сами начинают оказывать влияние на национальные правовые системы и в Европе уже витают идеи о возможном принятии Европейского гражданского кодекса. [135]

В целом стандартные условия публичных договоров в форме присоединения призваны способствовать экономичности процедуры заключения договоров, рассчитанных на массового потребителя. В этом заключается их позитивная суть. В литературе приводятся примеры о том, что в развитых государствах в киосках можно купить готовые бланки различных видов договоров, которые остается только заполнить, в связи с чем даже появился термин «бланковые договоры». Но в Японии, например, если такие стандартизированные условия содержат «неразумно благоприятные» только для обязанной стороны условия, то суд признает такие условия недействительными. Однако, как верно отмечают ученые, суд вряд ли может защитить интересы массовых потребителей, ведь обращение в суд сугубо индивидуальное. [12, с.403] Видимо, поэтому практика породила появление так называемых исков в защиту неопределенного круга лиц.

В странах дальнего зарубежья к «регулируемым» договорам относят также и договоры потребительского кредитования, договоры страхования, договоры найма жилого помещения и т.д., что свидетельствует о распространительном толковании понятия публичного договора, говоря терминологией казахстанского законодательства.

Зарубежные государства сохранили как безвозмездные услуги, носящие социальный характер (образование, здравоохранение и др.), так и оказание возмездных услуг на основании договоров и в названных сферах, и в других. Так, услуги публичных библиотек являются бесплатными, услуги архивов – и платными, и бесплатными. Музейные услуги предоставляются «на основании публичных договоров присоединения», аналогично – услуги в области физкультуры и спорта. Причем условия данных договоров и тарифы на них уста-

навливаются не соглашением сторон, а государством, независимо от формы собственности исполнителя услуг. [96, с.402]

Таким образом, провозвестником появления в законодательстве стран СНГ норм о принципах свободы договора, публичных договорах, договорах присоединения, принципов справедливости, разумности, добросовестности послужили идеи европейского права, а прообразом публичного договора явились так называемые принудительные и иные «несвободные» договоры в европейском праве.

Развитие института публичного договора в законодательстве Республики Казахстан.

Говоря о публичном договоре в гражданском праве, практически все исследователи Казахстана и стран СНГ отмечают также и новизну данного правового института, [135; 126] поскольку понятие публичного договора впервые в качестве поименованного договора легально введено в Гражданский кодекс РК лишь 27 декабря 1994 г. Аналогично и в Российской Федерации, и в других странах СНГ, хотя правоотношения, регулируемые ныне нормами об институте публичного договора, не являются абсолютно новыми; имущественные отношения такого рода существуют с тех пор, как появились перевозки транспортом общего пользования, страхование, розничная купля-продажа, оказание бытовых услуг широким массам населения, почтовые услуги, и т.п.

Бесспорно, что относительно новым является сам термин «публичный договор». Несмотря на отсутствие легального закрепления рассматриваемого термина, ограничение свободы договора присутствовало и в прежних законодательных актах, но под другими наименованиями и юридическими формулами, а нормативное закрепление прав потребителей в Казахстане и Российской Федерации, например, было произведено в 1991-1992 годах.

Гражданский кодекс Казахской ССР 1964 г. для регулирования некоторых видов правоотношений, рассчитанных на массовое применение, предусматривал возможность издания типовых договоров, которые являются ничем иным, как прообразами современного публичного договора (статьи 271, 357 и т.д.). [51]

В российской юриспруденции первые научные исследования о свободе договора и об ее ограничении со стороны государства по

явились в конце 19 века [137] и связаны они были с законодательными реформами 1864 г. О таком признаке публичного договора, как обязанность заключать договор с каждым, кто обратится, говорил еще И.А.Покровский, который, в свою очередь, ссылаясь на германское гражданское право. [68, с.179-180]

В советский период всю систему социалистического права проносили публичные начала, узаконивающие вмешательство государства в любые сферы жизни общества и его членов и обеспечивавшие преимущественную защиту государственной социалистической собственности. По мнению ученых, социализм в области права поэтому исключает возможность существования частного права. В СССР общим правилом в сфере промышленного производства служило обязательное заключение договоров, а применение принципа свободы договоров осуществлялось в виде исключения. Действительно свободным можно было считать лишь заключение договоров во взаимоотношениях с участием только физических лиц, и то относительно. Например, ни одно физическое лицо не могло заключить договор купли-продажи квартиры, в которой оно проживало; не могло заключить договор купли-продажи предприятия, не могло быть участником учредительного договора, и т.п. Во всех других случаях свободное заключение договоров между юридическими лицами было возможным, но только в крайне редких случаях, когда предметом договора служили товары, работы и услуги, изъятые из планового распределения и по этой причине реализуемые по усмотрению изготовителя товаров, исполнителя работ или оказывающего услуги субъекта, и др. [17, с.209]

В перестроечные годы и в эпоху первоначального становления рыночных отношений в странах СНГ «свобода договора» получила безграничное воплощение, образовался стихийный рынок, не подвластный праву, закону, хотя рыночная экономика не означает рыночную стихию, никак не подверженную регулированию со стороны государства

Принятие нового гражданского законодательства, наиболее точно отражающего складывающуюся «рыночную» правовую действительность, на рубеже 80-90-х годов XX века представляло собой поистине нелегкую задачу. Одна из задач состояла во включении в Гражданский кодекс, являющийся системообразующим нормативным право-

вым актом, новых юридических дефиниций, в том числе и понятия публичного договора. Легальные понятия в юриспруденции – это своеобразные математические формулы, от верности содержания которых зависит и верное решение стоящих перед обществом социальных задач. Понятие как одна из логических форм мышления дает наиболее глубокие, закрепленные в знаниях, представления об объектах внешнего мира, должно охватывать постоянное, определенное, однозначное по языковому выражению, всеобщее признанное в явлениях, процессах, вещах. [77, с.158-159] Дефиниция любого явления должна отражать с максимальной точностью его существо, все его конститутивные признаки, при построении любого понятийного аппарата необходимо учитывать логическую связь обозначаемых им явлений. Игнорирование отмеченных положений общей теории права неизбежно влечет и проблемы в правоприменении, что непосредственно относится и к понятию публичного договора.

В периоды проведения кардинальных реформ в обществе, когда те или иные правоотношения еще не устоялись, не сформировались должным образом, чтобы для построения четкого понятийного аппарата фундаментального законодательного акта можно было учесть и теорию, и практику применения, законодателю приходится жертвовать одними правилами в пользу других. К тому же в период принятия Модельного Гражданского кодекса и Основ Гражданского законодательства ССР и республик, в которых впервые было помещено понятие публичного договора, происходило кардинальное изменение экономических отношений. Можно было заимствовать опыт развитых государств, но для рецепции чужого опыта не всегда имеются аналогичные понятия в законодательствах других государств. Так, на наш взгляд, получилось и с легальным определением публичного договора.

Публичный договор – это исключение из принципа свободы договора, поскольку он «выпадает» из строя широких диспозитивных возможностей, предоставляемых субъектам в соответствии с принципом свободы договора. То, что не согласуется с многочисленными однопорядковыми явлениями, относится к исключению. В этом смысле применение термина «исключение» является уместным.

Однако в том или ином договорном обязательстве, подпадающем под признаки публичного договора, действие принципа свободы не

исключается абсолютно, оно присутствует, но в ограниченном объеме. Например, остается определенный элемент свободы выбора партнера для потребителей в некоторых публичных договорах. Большинство типовых договоров и правил содержат оговорку о возможности дополнения договора иными, не запрещенными законом условиями. Поэтому здесь следует говорить об ограничении, а не об исключении принципа свободы договора в публичных договорах.

Пункт первый статьи 387 ГК РК под публичным договором признает «договор, *заключенный* коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация *по характеру своей деятельности* должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.)».

Здесь мы остановимся лишь на «внешних» недостатках понятия публичного договора, которые видны невооруженным взглядом и которые мы назовем «техническими», поскольку они связаны с погрешностями юридической техники.

В первую очередь обращает на себя внимание использование в легальной дефиниции слова «*заключенный*» (договор). Практически ни в одном определении договора Гражданский кодекс не использует терминологию в прошедшем времени. Обычно используются такие выражения, как «могут, должна, обязуется, передает», свидетельствующие о настоящем или будущем времени. В соответствии со статьей 6 ГК РК нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения. Буквальное же значение словесного выражения нормы пункта первой статьи 387 ГК РК приводит к бессмысленности, бесполезности нормы пункта 3 этой же статьи о запрещении отказа «коммерческой организации» от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, а также о возможности принудительного заключения договора путем обращения в суд. Если договор уже заключен, то о каком отказе или его обжаловании может идти речь. Поэтому А.А.Нурмагамбетов предлагает заменить данное прилагательное на более формально определенное выражение «заключаемый». [54, с.149] Мы же

полагаем необходимым вообще исключить данное слово в связи с иным предлагаемым нами вариантом легального определения публичного договора, которое будет приведено ниже.

Далее, обращает на себя внимание наличие после формулировки квалифицирующих признаков (во всяком случае, должных быть квалифицирующими) отрывочного перечисления в скобках некоторых из множества договорных конструкций. Законодатель, как бы желая восполнить недостатки формально-юридического определения, дополнительно называет несколько договорных сфер в качестве примеров публичного договора. Об остальных договорах, подлежащих быть отнесенными к публичным, остается догадываться, руководствуясь субъективными соображениями. Такой прием законодательской техники, как показала почти пятнадцатилетняя практика применения данной нормы, соответственно и является своеобразным камнем преткновения. Конструкция «...и т.п.» в конце перечисления означает необходимость распространительного толкования воли законодателя, то есть следует понимать, что помимо прямо названных здесь, существует достаточно неопределенный круг договорных отношений, вписывающихся в рамки публичного договора. Однако на практике правоприменители, наоборот, буквально, а не распространительно толкуют рассматриваемую норму. Хозяйственная практика также относит к публичным договорам только договоры, прямо поименованные в статье 387 ГК РК и в других статьях Гражданского кодекса и иных законодательных актов. Все же иные правоотношения, к которым должны применяться правила о публичном договоре, ни хозяйственная, ни судебная практика упорно не желают признавать таковыми. А это влечет грубейшее нарушение прав и интересов наименее защищенной стороны договора, вызывает недоверие к праву, к судебной власти, поскольку не достигается цель правового регулирования - принцип социальной справедливости.

Ситуация усугубляется также оценочным характером самого термина «публичный договор». Публичность – это свойство определенных гражданско-правовых договоров, наряду с консенсуальностью, реальностью и т.п. Однако если отнесение договора к реальному, консенсуальному, возмездному, срочному и т.д., достаточно формально определено и названные признаки договора можно определить без особого труда, то отнесение или неотнесение договора к пуб-

личному представляет определенную сложность. Данное мнение может быть опровергнуто тем, что в законодательных актах законодатель прямо назвал некоторые договоры публичными. Однако не все публичные договоры на данный момент получили законодательное определение в качестве таковых, к тому же, как обосновывается далее в настоящей работе, законодатель тоже может ошибаться в поименовании того или иного договора публичным. И, наоборот, не поименованные таковыми законодателем договоры оказываются подлежащими отнесению к публичным.

В настоящее время для поименования всех публичных договоров не созрели условия, а специальная норма о понятии публичного договора содержит как минимум два оценочных фактора – это указание на некий характер деятельности субъекта, многозначность самого прилагательного «публичный» и использование выражения «... и т.п.». Определение же содержания названных оценочных понятий отдано на субъективное усмотрение правоприменителей и самих субъектов гражданских правоотношений, что и влечет соответственно многочисленные проблемы как теоретического, так и практического характера.

В совокупности с нелогичной конструкцией легального определения и при наличии оценочных критериев возникает опасность толкования и применения нормы с целью ухода от ответственности доминирующих субъектов публичного договора, а, соответственно, и опасность состояния незащищенности субъективных прав слабой стороны договорного правоотношения, растиражированная в неограниченных количествах, в связи со спецификой таких отношений.

Понятие «публичный договор», на наш взгляд, включает в себя и качественные, и количественные характеристики оценочного понятия. О наличии количественной характеристики говорит факт вовлечения в его орбиту множества субъектов на стороне потребителей, практически всего населения и хозяйствующих субъектов, что поневоле влечет возникновение обязанности государства реагировать на такие правоотношения, то есть наличие публичного интереса. Качественные же характеристики заключаются в возложении на доминирующую сторону такого правоотношения запрета отказывать в заключении договора, в обязанности заключить договор с каждым, на равных условиях и т.д.

В Российской Федерации Президиумом Высшего Арбитражного суда РФ 05.05.1997 г. за №14 было дано Разъяснение о заключении публичного договора, которое к тому времени сыграло очень важную роль в применении соответствующих норм. [138] Но ученые справедливо полагают, что в настоящее время и этого разъяснения уже явно недостаточно, так как оно охватывает лишь некоторые стороны заключения публичного договора. Данный пример подтверждает наше мнение об оценочном характере термина «публичный договор». В таких случаях именно правоприменение играет основную роль в совершенствовании юридической практики с целью достижения законности и правопорядка. Судебное толкование формально неопределенных норм должно дать направление правильному применению норм о публичном договоре.

Поскольку в Казахстане публичный договор как оценочная категория не получил еще должного научного рассмотрения, полагаем необходимым и своевременным издание нормативного постановления Верховного Суда РК о судебной практике применения законодательства о публичных договорах, что несомненно будет способствовать единообразному правопониманию и правоприменению, а также более высокой степени правовой защищенности всех участников таких правоотношений.

Дело не только в оценочном характере термина и его определения, не только в неоднородности судебной и хозяйственной практики в решении вопроса о наличии или отсутствии признака публичности в конкретном договорном правоотношении. Даже умудренные в сфере научных изысканий цивилисты, рассуждая на данную тему, ограничиваются только констатацией поименованных законодателем публичных договоров, не называя ни одного другого договора, не выходя за рамки очерченного законодателем круга. Тем не менее, все исследователи без исключения подчеркивают, что перечень публичных договоров не является исчерпывающим. Но вопрос – а какие еще договоры относятся к публичным – остается пока открытым. Лишь единичные авторы предлагают квалифицировать непоименованные законодателем договоры публичными. Например, Е.А.Мищенко обосновывает отнесение договора об оказании туристических услуг к публичным договорам. [139, с.33-35] Поэтому и высказываемые в настоящей работе мнения об отнесении тех или иных видов договоров к

публичным вызывают неоднозначные оценки, вплоть до полного неприятия. Основным пунктом возражения служит понимание того, что публичный договор – это исключение из принципа свободы договора, а исключение не может носить массовый характер.

Из проведенного выше исследования явствует, что публичный договор бесспорно является исключением из общего принципа свободы договора, поскольку императивно обязывает одного из участников против своей воли заключить договор с каждым, кто обратится. А в конструкции легального определения публичного договора включены не только императивные нормы, но и оценочные нормы, в частности, «по характеру своей деятельности» - позволяющие субъективно трактовать характер этой деятельности как относящийся или не относящийся к сфере воздействия норм о публичном договоре. По нашему мнению, если императивная в целом норма содержит неопределенное законом оценочное понятие, то однозначность ее применения становится практически невозможной, что показывает и практика ее применения, и теория. Такое положение изначально не может не влиять отрицательно на развитие и стабильность практики и, что более важно – судебной практики, которая должна быть стабильной и однородной. Нам представляется, что выработка более или менее одинаковых, стабильных значений содержания того или иного, а тем более нового, оценочного понятия может быть осуществлена только в результате многократных повторений сходных, аналогичных ситуаций в течение относительно длительного времени. И только после такого апробирования оценочных понятий можно произвести обобщение и сформулировать критерии определения содержания оценочного понятия, только после этого можно говорить о стабильной и однородной судебной и юридической практике его применения.

В случае же с публичным договором происходит наоборот: методом проб и ошибок хозяйственной и судебной практики, при отсутствии объективных критериев оценки, происходит применение оценочных категорий в праве. Ситуация осложняется недостаточностью научных разработок сферы действия публичных договоров в правовом поле Казахстана. В результате слабая сторона правоотношения, опосредуемого публичным договором, оказывается еще более незащищенной. Положение усугубляется тем, что в сферу действия публичных договоров вовлечены

«каждый и все», поэтому вынесение по сходным ситуациям противоречивых решений, субъективно по усмотрению суда оцененных по-разному, не может положительно влиять на формирование позитивного правосознания всего населения, общества. Тем самым права потребителей в публичных договорах в настоящее время являются своеобразным «полигоном», на котором вырабатываются признаки публичного договора. В будущем же, когда такие признаки «приживутся» не только в практике, но и в законодательстве, станет очевидным, что в тех или иных ситуациях решения были приняты неправильно, несправедливо.

Отсюда напрашивается вывод, что необходимо менять саму конструкцию определения публичного договора. Если юридические признаки публичного договора будут сформулированы более объективно, то не понадобится включать перечисления некоторых видов из общей массы целого явления, а юридическая практика и наука получат основу для дальнейшего поступательного развития.

Еще одна из причин проблемности института публичного договора в отечественном праве видится в том, что области, охватываемые его действием, касаются не «великих ценностей и истин», а самой что ни на есть прозы жизни, наших повседневных дел, хозяйственной практики, быта. [121, с.55] К сожалению, в «чистой» науке считается полезным и необходимым исследовать «высокие материи», исследование же обыденных ситуаций, повторяющихся изо дня в день, считается неуместным и недостойным науки, а частным делом каждого индивида.

Некоторые же полагают, что публичный договор – это исключение из общего правила, а потому и не заслуживает особого внимания, поскольку исключение должно якобы быть редко встречаемым в практике, забывая или не осознавая при этом, что сами ежедневно неоднократно вступают в правоотношения, охватываемые публичным договором. Как говорит известный ученый, такие правоотношения носят наиболее приземленный характер, касаются всех людей страны, ежедневно, а то и ежечасно воспроизводятся и воспроизводятся в нашей безостановочно повторяющейся повседневности. [121, с.43] О распространенности правоотношений, охватываемых нормами о публичном договоре, говорят также О.С.Левченко, [140, с.3] С.И.Климкин. [91, с.49] Так, в силу обыденности ежедневно повторяющейся ситуации мало кому придет в голову квалифици-

ровать оказание услуг автозаправочными станциями как заключение публичного договора, в силу которого АЗС обязана заключить договор с каждым, кто обратится и по одинаковой цене. Бензин для заправки автомобилей иным способом, помимо АЗС, приобретать невозможно, да и бессмысленно, поэтому это единственный способ покупки бензина для удовлетворения систематических ежедневных потребностей. О публичном характере данного договора говорит и Р.Н.Мамырбаев. [141] То же самое можно сказать о так называемых коммунальных и многочисленных других услугах.

За последнее десятилетие законодатели стран СНГ, в том числе Казахстана и России, «сдали позиции», официально поименовав публичными ранее таковыми не признававшиеся договоры газоснабжения, водоснабжения, договоры на оптовом рынке энергоснабжения, обоснование которых в качестве видов договора энергоснабжения и на этом основании отнесения их к публичным договорам приводилось нами на рубеже 2000-х годов. Надеемся, что следующее десятилетие подтвердит наши позиции и в отношении многих других договорных конструкций.

Тем самым история договорного права свидетельствует о неоднозначном развитии института публичного договора как одного из способов ограничения принципа свободы договора в законодательстве зарубежных стран и Республики Казахстан. Причем своеобразным «толчком», «двигателем» для активизации развития науки и законодательства в данном направлении служат периоды реформ в экономике и в целом в обществе, что и происходит сейчас в Казахстане.

Таким образом, легальное определение публичного договора «страдает» недостатками технического и юридического характера, сам термин «публичный договор» является формально неопределенным, оценочным, следствием чего являются многочисленные проблемы как в теории, так и в практике применения законодательства о публичных договорах.

1.3 Понятие и признаки публичного договора

Классификация гражданско-правовых договоров производится по различным основаниям. В частности, из принципа свободы договора вытекает возможность заключения свободных, или взаимосогла-

сованных, договоров. Противоположностью им являются так называемые обязательные договоры, условия которых не могут быть свободно определены сторонами. Из этого же принципа вытекает возможность заключения как предусмотренных, так и не предусмотренных законодательством договоров. На этом же основано и деление договоров на поименованные и непоименованные.

Что касается «обязательных» договоров, то, по нашему мнению, к ним относятся в первую очередь именно публичные договоры. Законодатель не применяет термина «обязательные договоры» в буквальном выражении, но в статье 399 ГК РК имеет место применение словосочетания «заключение договора в обязательном порядке», «заключение договора обязательно» (аналогично и в статье 445 ГК РФ и ГК других стран СНГ). Так, помимо публичного договора, законодательные акты Республики Казахстан содержат нормы об обязательном заключении основного договора на основании предварительного договора; об обязательном страховании, аудите; об обязательном заключении договора о государственных закупках с лицом, выигравшим тендер, и т.д. Особенностью таких договоров является особый порядок урегулирования преддоговорных споров, подробно регламентированный статьей 399 ГК РК.

В условиях интенсивного развития гражданского оборота, которое переживает сейчас Республика Казахстан, важная роль принадлежит государству в регулировании экономических процессов. Однако, как отмечалось выше, в отличие от советского периода, речь должна идти не о сплошном императивном регулировании, а об изменении форм и методов государственного воздействия на регулирование гражданских правоотношений. Хотя основным признаком методом регулирования договорных отношений является автономии воли партнеров, поскольку в основе договора лежит все-таки согласованная воля субъектов, это не исключает применения в определенных пределах также и способа обязательных предписаний путем установления императивных норм.

Применительно к публичному договору в литературе вместо называемых нами «свойств, признаков» часто применяется термин «режим публичного договора». По мнению М.Ф.Казанцева, правовой режим договора – это совокупность правовых положений (требований), установленных в отношении договора, в частности, положений,

определяющих порядок его заключения, действия, изменения, прекращения, а также форму и содержание договора. [8, с.15, 17]

В современном гражданском праве Казахстана и других стран СНГ публичный договор называется одним из числа других видов в классификации договоров. При этом за основу выделения данного вида берется один из системных нормоопределяющих договорных признаков, наряду с признаками реальности, консенсуальности, возмездности, безвозмездности, условности, безусловности и т.п. То есть публичность договора - это свойство, характеризующий признак определенных видов договоров по направленности действий, их правовой режим. Хотя следует признать, что это очень важное свойство, оно обуславливает особое правовое регулирование таких договоров, влекущее серьезные правовые последствия в виде ограничения принципа свободы договора и имеет практическое значение, в отличие от иных названных признаков.

В научной среде Российской Федерации вопросы о публичном договоре активно обсуждаются, на диссертационном уровне исследуется как сам публичный договор, так и отдельные виды договоров, отнесенные к публичным. Совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения с участием потребителей, российскими учеными уже признана в качестве самостоятельной отрасли права под названием «Потребительское право», на данную тему защищено достаточно много диссертаций различного уровня, опубликовано множество статей. [142, с.18-19] В Казахстане практически единственным исследователем в сфере защиты прав потребителей можно назвать Т.Г.Квятковскую, [134] поскольку опубликованных научных работ иных авторов на эту тему крайне мало.

Представляется, что состояние юридической науки Казахстана в сфере исследований публичного договора и смежных с ним институтов должно кардинальным образом измениться, поскольку публичный договор затрагивает интересы практически каждого субъекта гражданских правоотношений, в том числе и граждан, являющихся потребителями товаров, работ и услуг, а потому имеет повышенное социальное значение. Правовая наука должна отражать объективные реалии общественного развития, в частности, экономического положения в обществе. По мнению О.С.Иоффе, если право как объективное отражение экономических и других общественных явлений

отрывается в своем состоянии от объективной реальности, оно начинает тормозить дальнейшее развитие общества. [143, с.28]

Исключением из принципа свободы договора являются договоры, которые подлежат заключению независимо от волеизъявления одной из сторон, на которой, как правило, лежит бремя исполнения основных обязанностей по договору. К таким договорам законодатель относит публичные договоры. Режим публичных договоров, по мнению М.И.Брагинского, не опирается на принцип свободы договора, а является собой один из примеров действия публичных начал в гражданском праве. [28, с.246] Режим публичного договора исключает возможность взаимного согласования условий договора сторонами, возможность реализации свободного волеизъявления, исходя из метода автономии воли; возможность выбора контрагента, определения цены договора и иных его условий соглашением сторон.

Отмечая признак публичности как исключение из общего ныне нормативного принципа свободы договора, М.И. Брагинский считал, что раньше «действительно свободным можно было считать лишь заключение договоров во взаимоотношениях с участием граждан». [17, с.245] Позволим себе не согласиться с таким выводом, ведь те же договоры энергоснабжения с участием граждан и в прежние (советские) годы ни малейшим образом не позволяли им воплотить принцип свободы договора, как и договор розничной купли-продажи, и другие.

По мнению А. Хвощинского, институт публичного договора может стать весьма значимым гражданско-правовым инструментом облагораживания российского торгового оборота. [144] Автор имеет в виду фактическое экономическое неравенство субъектов, которое призван «облагородить» институт публичного договора.

Первоначально перед отечественными правоприменителями и хозяйствующими субъектами не вставал вопрос о том, какие договоры следует относить к публичным в целях более высокой степени защиты прав потребителей, так как некоторые договоры были прямо названы публичными в законодательных актах на уровне Гражданского кодекса и иных законов. Так, специальное указание о публичности договора содержится в ст. 445 ГК РК (розничная купля-продажа), ст. 482 ГК РК (договор энергоснабжения), договор проката (ст. 595 ГК РК), договор бытового подряда (ст. 640 ГК РК); дого-

вор перевозки транспортом общего пользования (ст. 695); договор хранения, осуществляемый в силу предпринимательской деятельности (ст. 770); договор хранения в камерах хранения транспортных организаций (ст. 787 ГК РК); договор хранения на товарном складе общего пользования (ст. 792 ГК РК); договор депонирования рукописей и произведений на материальном носителе между правообладателем и депозитарием (ст. 979 ГК РК).

Некоторые сомнения в отечественной практике стали возникать после сравнения отечественного Гражданского кодекса с Гражданским кодексом Российской Федерации, также основанном на Модельном Гражданском кодексе СНГ, который называет публичным не названные таковыми в ГК РК договор хранения в ломбарде принадлежащих гражданину вещей (п.1 ст. 919); договор хранения принадлежащих гражданину вещей в камерах хранения транспортных организаций общего пользования (п.1 ст. 923); договор личного страхования (п.1 ст. 927), договор банковского вклада, когда вкладчиком является гражданин (п.2 ст.834 ГК РФ). Кроме того, по мнению российского законодателя, договор банковского счета также относится к категории так называемых обязательных договоров, т.к. к нему применяются нормы пункта 4 статьи 445 ГК РФ, что соответствует статье 399 ГК Республики Казахстан. Обе статьи именуются одинаково: «Заключение договора в обязательном порядке» и в равной мере применяются при заключении публичных договоров, в том числе и с участием субъектов естественных монополий в качестве обязанной стороны договора.

Закон РК «О связи» содержит такое прямое указание в ст. 26 «Особенности присоединения сетей телекоммуникаций доминирующими операторами связи». [145] Закон РК «О зерне» (ст. 13) гласит, что договоры о хранении зерна, заключаемые хлебоприемными предприятиями, являются *публичными договорами*. [146] Можно привести и иные примеры прямого указания законодателя на публичный характер договора.

Напротив, прямо названные законодателем публичными договоры оказания, например, гостиничных услуг, вообще не получили самостоятельного законодательного закрепления (за исключением связанных с туристскими услугами) и соответственно, нет указания на них в специальных нормативных актах как на публичные; а оказание медицинских услуг, хотя и получило нормативное закрепле-

ние, тем не менее, в соответствующих специальных нормативных правовых актах договоры об оказании таких услуг также не названы публичными договорами. Недостатки правовой конструкции определения публичного договора, данного законодателем, приводят на практике к тому, что ко всем иным договорам, фактически подпадающим под признаки публичных, но юридически не отнесенных законодателем к таковым, нормы о публичном договоре не применяются. Следовательно, в каждом непоименованном «публичным» договорном правоотношении для отнесения того или иного договора к публичным необходимо внесение об этом дополнений в Гражданский кодекс или в специальный законодательный акт. Хотя с позиций законотворческой деятельности такой подход не экономичен, но, учитывая правовые реалии, это пока на сегодня единственный вариант решения вопроса. Однако для внесения таких дополнений в законодательные акты предварительно должны быть наработаны научные исследования и практика применения в соответствующей сфере, что требует довольно длительного времени.

Так, среди договоров возмездного оказания услуг следовало бы, по нашему мнению, отнести к числу публичных договоры оказания ритуальных услуг, услуг общественного питания, образовательных услуг, обязательных страховых услуг, некоторых банковских услуг, обязательных аудиторских услуг, биржевых услуг, услуг по мусороудалению, услуг лифтового хозяйства, услуг автозаправочных станций и т.д. Многие публичные договоры опосредуют правоотношения в сфере естественных монополий (энергоснабжение, связь, перевозка и вспомогательные ей договоры и т.д.), однако в законодательном акте о естественных монополиях нет даже малейшей отсылки к публичным договорам.

Любой субъект права, являясь потребителем указанных услуг, работ, или, например, покупателем товаров в розничной торговле, практически ежедневно вступает в гражданско-правовые отношения, регулируемые нормами публичного договора, зачастую не осознавая этого и не обладая достаточными знаниями об особенностях данного института гражданского права. [126, с.3] Так, систематически пользуясь услугами связи, транспортными услугами и др., вряд ли кто серьезно задумывается над природой этих правоотношений, возможно потому, что они кажутся нам простыми, обыденными. В

сферу «незнания» же потребителей входит одно, но очень важное и емкое правило: признание того или иного договора публичным влечет за собой ряд серьезных правовых последствий, направленных на защиту прав потребителей, признаваемых законодателем практически любого цивилизованного государства наиболее экономически слабой стороной в договоре.

Профессор Алексеев С.С., говоря о «гражданских законах» в их широком смысле, говорит, что это те юридические установления, которые носят наиболее приземленный, утилитарно-деловой характер, они касаются всех людей страны, ежедневно, а то и ежечасно воспроизводятся и воспроизводятся в нашей безостановочно повторяющейся повседневности. [121, с.43] Мнение ученого напрямую относится и к характеристике публичных договоров.

Тем самым, публичные договоры присутствуют в нашей повседневной жизни, в сферу их воздействия ежедневно и даже ежечасно вовлекаются миллионы потребителей.

Основные ограничения договорной свободы в публичных договорах касаются не потребителя, а в основном обязанной стороны, то есть коммерческой организации, индивидуального предпринимателя, а иногда и некоммерческой организации.

И.В.Амирхановой было высказано мнение о том, что доминирующая сторона публичного договора на самом деле не ограничена в осуществлении принципа свободы договора, т.к. ее никто не принуждает к заключению такого договора, она сама сознательно избрала такой вид деятельности в качестве основного, а невозможность отказа в заключении договора любому обратившемуся компенсируется ей правом одностороннего установления условий договора. [147, с.29] Полагаем данное мнение ошибочным, так как право одностороннего установления условий договора не может рассматриваться в качестве компенсации за ограничение принципа свободы договора в деятельности субъекта. Если следовать такой логике, то, исходя из принципа юридического равенства, и потребителю, которому не к кому больше обратиться за оказанием той или иной услуги в сфере естественных монополий или в силу обязательности заключения договора для него самого, также должна быть предоставлена такая компенсация. Однако закон и практика свидетельствуют об обратном.

Стороны не могут реализовать право на свободное определение условий договора, так как условия публичного договора определены законодательными актами или типовыми договорами, правилами в императивном порядке, иногда – самостоятельно разработанными в одностороннем порядке оферентом, в роли которого выступает обычно доминирующая в правоотношении сторона.

Экономическая «слабость» потребителя вызывается насущной потребностью вступать в договор на явно неравных условиях, которая бывает вызвана разными обстоятельствами. В частности, каждый субъект ежедневно вынужден пользоваться так называемыми коммунальными услугами, услугами связи, перевозки общественным транспортом и т.д., а в сфере действия некоторых публичных договоров потребителю невозможно обратиться к другому партнеру, поскольку его нет (энергоснабжение, перевозка железнодорожным транспортом). В других случаях даже если потребитель обращается в конкурентную среду, то у всех исполнителей он наталкивается на такие же, явно обременительные для него условия уже на стадии заключения договора. Такое положение, на наш взгляд, является одной из причин нераспространенности судебных споров по преддоговорной стадии публичных договоров. В сфере действия таких услуг, как банковские, страховые и т.д. клиенты вначале завлекаются для заключения договора различными благами обещаниями, указываемыми в рекламе. Перед подписанием договора клиенты с его содержанием не знакомятся, тексты таких договоров пишутся мельчайшим шрифтом, затрудняющим быстрое и полное прочтение, а уже после подписания договора, который по юридической природе является «свободным» и для клиента, исполнитель услуги заявляет, что отступить поздно, так как подписанный договор имеет силу закона и влечет многие неблагоприятные последствия при возникновении у клиента желания его изменить или расторгнуть. Сам же услугодатель, как более сильная сторона, сама себе составившая условия договора, никаких неблагоприятных последствий обычно не несет.

Тем самым провозглашаемое в нормативных правовых актах юридическое равенство субъектов гражданских правоотношений оказывается в буквальном смысле только формально-юридическим равенством. Как видим, уже на стадии заключения договора, то есть при

определении договорных условий, может иметь место диктат доминирующего в договоре субъекта. Этим мы подчеркиваем наличие не только позитивной стороны в процессах типизации, стандартизации письменных договорных условий, но и негативную сторону этих процессов: в этих договорах отсутствует возможность согласования воли сторон путем обсуждения условий договора, то есть исчезает важнейший элемент самого понятия договора. И в этом проявляется негативная сторона оформления правоотношения с участием неопределенного (многочисленного, бесчисленного) круга лиц. Есть даже мнения, что публичные договоры и договоры присоединения не являются договорами, их следует относить к правовым актам.

Ограничения принципа свободы договора в договорах, отнесенных и относимых к публичным, присутствуют на всех стадиях договорного процесса: преддоговорной стадии, стадии заключения договора, исполнения договора, а также изменения и прекращения договора. Вместе с тем «оборотная сторона медали», то есть свобода договора, также присутствует на всех стадиях публичного договора, но в степени, обратно пропорциональной ее ограничениям.

Стадия исполнения публичного договора также подвержена ограничениям. В частности, многие публичные договоры требуют реального исполнения. Основания изменения и прекращения любого гражданско-правового договора, по нашему мнению, можно условно подразделить на позитивные и негативные. Позитивным основанием прекращения договора является исполнение договора, то есть достижение той цели, для которой договор собственно и заключался. Однако особенностью многих социально значимых публичных договоров, например, в сфере естественной монополии и регулируемых рынков, является то, что такие договоры рассчитаны на постоянное (бессрочное) применение, например, энергия должна передаваться систематически, постоянно, а поэтому исполнение договора не влечет за собой прекращение его действия. Другим из позитивных оснований можно назвать прекращение договора по соглашению сторон. Предусмотренные гражданским законодательством иные позитивные основания прекращения договорных обязательств к договорам в сфере естественной монополии применяться не могут, в частности, они не могут быть прекращены новацией, предоставлением отступного, прощением долга, поскольку требуют реального исполнения.

Что касается выделяемых нами так называемых негативных оснований прекращения договора, то они обычно влекут за собой расторжение договора вследствие виновного действия или бездействия контрагента. Однако в договорах в сфере естественных монополий потребители не могут реализовать право на расторжение договора вследствие виновного поведения «коммерческой организации», так как другого субъекта, осуществляющего аналогичную деятельность, не существует.

В некоторых договорных правоотношениях не только «коммерческая организация», но и потребитель ее товаров, работ, услуг также не свободен в праве заключать или не заключать договор, в определении условий договора. В последние десятилетия довольно распространёнными стали такие правоотношения, когда обязанность заключения соответствующего договора возлагается не на сторону, которой предстоит исполнение основной обязанности в правоотношении, а на ее контрагента, то есть потребителя. Это, например, договоры обязательного страхования гражданско-правовой ответственности перевозчиков, владельцев транспортных средств, частных нотариусов и других субъектов гражданского права; договоры на обязательное проведение аудита и т.д. Гражданско-правовая наука не дает пока однозначного ответа на вопрос – относить ли такие договоры к публичным договорам? В пользу утвердительного ответа на этот вопрос можно привести довод о публичности названных правоотношений, о воздействии их на широкие массы субъектов и затрагивание интересов общества и государства. Против же такой посылки приведем несоответствие положениям ст. 387 ГК РК субъекта, обязанного заключить договор. Дальнейшее развитие поставленной проблемы возможно только при условии наработки достаточного объема теоретических исследований и практики применения.

В обоснование возможности отнесения к публичным договорам, в которых обязанной к заключению договора является не та сторона, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору, а ее контрагент, приведем мнение ученых, которые предлагают дополнить существующую классификацию правоотношений на активные и пассивные. К активным правоотношениям они предлагают относить те правоотношения, в которых четко определена обязанная сторона. Такой подход присутствует в легальном опреде-

лении публичного договора. К пассивным правоотношениям предлагается относить такие отношения, в которых четко определен контрагент обязанной стороны. [140, с.54] В нашем случае это, например, страхователи в договоре обязательного страхования, аудиторские субъекты в обязательном аудите и другие.

Многие публичные договоры опосредуют сферу оказания услуг, а в связи с существенным расширением сферы услуг возрастает роль стандартизации услуг. Разработка и внедрение стандартов рассматривается учеными-экономистами как основной способ обеспечения стабильности качества услуг. Однако стандартизация в сфере услуг, в свою очередь, снижает и степень индивидуализации оказываемых услуг, негативно влияет на принцип свободы договора.

Ограничение свободы договора в любом обществе имеет социально-этический аспект, а поскольку публичный договор является ярчайшим проявлением ограничения свободы договора, то он и несет на себе социально-этическую окраску.

В общей классификации договоров публичные договоры, как и договоры присоединения, называются в числе самостоятельных **видов**, наряду с договорами в пользу третьего лица, свободными договорами, предварительными договорами, а не наряду с реальными, консенсуальными и т.д. В частности, такое мнение высказывается авторами Комментария к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (общая часть) и соответствующего учебника [65, с.390; 148, с. 684-689], а также большинством исследователей данной тематики.

Как известно, в теории права различаются общие признаки любого договора, в науке гражданского права выделяются признаки гражданско-правового договора. Ранее мы обосновали, что публичный договор является одним из проявлений ограничения принципа свободы договора, способом ограничения. Вместе с тем способ ограничения принципа свободы договора, на наш взгляд, не может быть положен в основу классификации договоров.

Нам представляется, что публичность договора (публичный договор) в свою очередь является свойством, признаком, характеризующим тот или иной договор, наряду с консенсуальностью или реальностью, возмездностью или безвозмездностью, срочностью или бессрочностью, условностью или безусловностью и т.д.

Если для выяснения вопроса об отнесении того или иного договора, например, к консенсуальным, достаточно определить момент достижения соглашения сторонами в установленной законом или договором форме, то для ответа на такой же вопрос о свойстве публичности договора совершенно недостаточно выявления только одного юридического факта. Определение наличия или отсутствия признака публичности при характеристике того или иного договора является проблематичным, что обусловлено оценочным характером термина, о чем в работе уже говорилось. На наш взгляд, для ответа на этот вопрос требуется определение целой совокупности признаков, которая позволит определить отнесение или неотнесение того или иного договорного правоотношения к публичным договорам, т.е. для установления свойства публичности договора требуется в свою очередь определить признаки этой самой публичности. Поэтому далее мы рассмотрим признаки (элементы) публичных договоров.

Г.А.Калашникова признаки публичного договора подразделяет на две группы: основной признак, к которому она относит публичную деятельность коммерческой организации, и второстепенные признаки, к которым относит: 1) предмет, 2) стороны публичного договора, 3) наличие в законе прямого указания об отнесении того или иного вида договора к публичным. По ее мнению, предопределяющее значение имеет выделенный ею основной признак, т.к. через него выявляется сущность публичного договора, а второстепенные признаки носят вспомогательный характер. [136, с.8] Однако отнесение к основным признакам только лишь одного признака - публичной деятельности - вызывает сомнения. Единственный признак не может служить квалифицирующим признаком какого-либо, тем более относительно нового явления, причем сформулированного с использованием оценочных категорий. Поэтому надлежит установить более широкий круг основных признаков, которые позволят безошибочно квалифицировать тот или иной договор в качестве публичного или наоборот. Для этой цели требуется определение целого юридического состава, совокупность которого позволит решить, наличествует или отсутствует в том или ином договорном правоотношении признак публичности.

В гражданско-правовой литературе, на наш взгляд, при выделении признаков публичного договора в основу выделения таких при-

знаков берутся совершенно разнопорядковые основания. В частности, называются самостоятельными свойствами публичного договора предмет договора и ограничения договорной свободы [126; 136] По нашему же мнению, ограничения договорной свободы входят именно в характеристику предмета договора. Поэтому количество признаков и отнесение или неотнесение их к признакам публичности договора мы будем определять на основе своих дальнейших субъективных выводов.

В первую очередь предмет договора относится к существенным условиям любого договора и недостижение соглашения по предмету договора в требуемой форме влечет признание договора незаключенным (п. 1 ст. 393 ГК РК).

Определения предмета и объекта договора как правоотношения даны в общей теории права и в теории обязательственного права. Следует отметить, что по поводу предмета и объекта договора в научной литературе существуют полярные точки зрения, а правовые нормы также неоднозначно излагают предмет договора, в связи с чем нами ранее в отдельной статье уже было высказано собственное мнение по данному вопросу. [149, с.43-47]

Как говорит А.Б.Венгеров: «Объект правоотношения – это различные блага, которые стремятся получить управомоченные субъекты, это состояния, которых они стремятся достичь, это то поведение, которого они ждут от обязанных субъектов и т.д. ...теория на современном этапе утверждает о многоаспектности объектного содержания правоотношений. ... как многообразен мир, так многообразны и объекты правоотношений. Даже человек как вещь в некоторых правовых системах становился объектом правоотношений, в частности, в рабовладельческих обществах». [77, с.247-248]

Мы придерживаемся той позиции, где предмет договора определяется как правовые отношения, по поводу которых заключается договор, то есть как совокупность прав и обязанностей сторон договора (действий). А благо, по поводу которого заключается конкретный договор – понимается как объект договора. [150, с.525-530; 151, с.212, 223, 236]

Говоря другими словами, предмет договора – это действия сторон по поводу объекта договора. Так, по мнению В.В.Витрянского, предмет договора – это «... действия (бездействия), которые должна

совершить (или от совершения которых должна отказаться) обязанная сторона». [152, с.22] Предмет договора – это та часть содержания (условий) договора, в которой обозначен его конкретный объект, а также право в отношении него или неразрывно связанное с ним действие, которое должно быть передано или совершено одной или обеими сторонами. [7, с.36]

В законодательстве и юридической литературе неизменно называются четыре признака, которые характеризуют публичный договор. В их числе:

- в составе субъектов договора присутствует профессиональный участник рынка – предприниматель, считающийся сильной стороной договора;

- невозможность уклонения от заключения договора;

- запрет на оказание предпочтения одному лицу перед другим при заключении и исполнении договора;

- наличие у потребителя права на обращение в суд с иском о понуждении к заключению договора и о разрешении разногласий по отдельным условиям договора.

Большая часть признаков служит не столько характеристике признака публичности договора, сколько характеру деятельности одной из сторон договора – предпринимателя, чья деятельность и является публичной, так как выполняется в интересах публики. Однако законодатель не указал об этом в легальном определении публичного договора. Запрет на отказ от заключения договора, обязанность заключения договора с каждым обратившимся, понуждение к заключению договора путем обращения в суд – это в большей степени следствие публичного характера деятельности обязанной стороны.

Если деятельность субъекта не имеет публичного характера, то вмешательство государства должно признаваться незаконным, что признается многими исследователями. В частности, В.В.Витрянский тоже говорит о рассматриваемых нами ограничениях не как о признаках, а как о правовых последствиях квалификации договора как публичного. [17, с.794]

Деятельность сторон по исполнению обязанностей и осуществлению субъективных гражданских прав составляет предмет договора. В силу этого нельзя согласиться с пониманием предмета догово-

ра и деятельности обязанного субъекта как разных признаков одного и того же договорного вида.

Рассматривая такой элемент легальной дефиниции публичного договора, как публичный характер деятельности обязанной стороны, поименованной законодателем как «коммерческая организация», обнаруживаем отсутствие данного характеризующего предмет признака в ст. 387 ГК РК. Законодатель сделал акцент на действиях по продаже товаров, выполнению работ и оказанию услуг.

Названное обстоятельство позволило в Комментарие к Гражданскому кодексу РК (общая часть) в качестве одного из признаков публичного договора назвать такой, как: «2) публичный договор устанавливает обязанности коммерческой организации по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг». [65, с.391] На самом деле продажа товаров, выполнение работ и оказание услуг – это не специфичный признак любого имущественного правоотношения. Он не может быть взят за основу в качестве квалифицирующего признака конкретного договорного вида. Продажа товаров, выполнение работ и оказание услуг – это универсальные действия, характеризующие весь гражданский оборот, триада, известная еще со времен римского права, как «дать, сделать, предоставить». Любой субъект гражданского права с учетом объема его дееспособности может заниматься продажей товаров, выполнением работ или оказанием услуг. Однако это не означает, что любой субъект может быть стороной публичного договора в процессе осуществляемой им деятельности. В частности, поставщик по договору поставки обязуется передать покупателю товар, предназначенный для предпринимательских целей, но от этого договор поставки не становится публичным договором; консалтинговая фирма обязуется оказать предпринимателю комплекс консультационных услуг, но и это не публичный договор, и т.д.

Как заметил М.И. Брагинский, характеризуя соответствующую норму ГК РФ, «вызывает сомнение отнесение к числу признаков публичных договоров, выделенных в ст. 426 ГК, среди прочего, то, что коммерческая организация, о которой идет речь, должна осуществлять деятельность по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг. Индивидуализирующим признаком вида... не может считаться то, что присуще всему роду (всем вообще коммерческим организациям как таковым)». [17, с.255] Соглашаясь с мнением ученого,

следует заметить, что легальное определение публичного договора в части формулировки его предмета не соответствует правовой действительности. Полагаем, что предмет публичного договора должен определяться посредством указания на публичный характер деятельности стороны, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору, корреспондирующей праву каждого его потенциального контрагента требовать заключения такого договора.

О характере деятельности коммерческой организации как о трудноопределяемом признаке публичного договора, имеющем различное толкование, говорит и Г.А. Калашникова, что подтверждает нашу точку зрения об оценочном характере данного термина [136, с.17] О.С.-Левченко полагает, что термин «публичный» означает открытый для публики характер деятельности «коммерческой организации», но при этом он не меняет частноправовой природы данного договора. [140, с.8] Само прилагательное «публичный» имеет разное содержание, например, как синоним слова «государственный», имеющий императивный, властный характер. Или другая его трактовка – это обращенность к большому, неограниченному кругу субъектов и т.д.

Представляется, что публичный характер договора выражается через категорию публичного интереса, наличие или отсутствие которого в частных правоотношениях позволяет говорить о публичном характере деятельности субъекта.

Для уяснения содержания рассматриваемого термина уместны следующие примеры. Так, в Древнем Риме было запрещено жестокое обращение с рабами, если выявлялся такой факт, то рабы могли быть переданы другому собственнику. Причиной установления государством приведенных норм являлась заинтересованность государства в сохранении и приумножении такого имущества, как рабы, то есть в наличии публичного интереса в, казалось бы, сугубо частных вещных правоотношениях. Установление государством норм о лишении родительских прав, об уплате алиментов также является выражением публичного интереса в частных правоотношениях. Данные примеры, хотя и не относятся к сфере договорного права, тем не менее, на наш взгляд, помогают уяснить природу термина «публичный интерес».

Исследователи проводят анализ рассматриваемого термина через общефилософское значение «интереса», причем отмечается, что

в советское время «интерес» подвергался исследованию безотносительно к «публичному», и лишь в последние десятилетия сочетание «публичный интерес» стало объектом научного исследования. Примером монографического исследования категории интереса в советском праве можно назвать работу Н.А.Шайкенова. [153] На наш взгляд, наиболее верное мнение о понятии и содержании интереса в его современном понимании выражено С.В.Михайловым: интерес – это объективная категория, по форме представляющая собой общественное отношение, а содержанием этого отношения является потребность, имеющая социальный характер (значение), что собственно и делает ее интересом. [70, с.23]

В современной юридической науке стран СНГ лишь в последние годы стал применяться термин «публичный интерес», а в законодательстве – также термины «нравственность», «справедливость», «разумность», «добросовестность». Легальные определения названных и иных сходных с ними терминов в юриспруденции дать невозможно в силу их оценочного характера.

На практике данное обстоятельство применительно к публичным договорам имеет и негативную окраску. Так, вследствие субъективного усмотрения правоприменители могут не применить к некоторым договорным правоотношениям правила о публичном договоре, ссылаясь, во-первых, на отсутствие прямого указания закона о том, что данный договор публичный, а во-вторых, субъективно мотивируя отсутствием публичного интереса в данном правоотношении. Аналогичное мнение выражает Н.И. Клейн, говоря о том, что, согласно сложившейся судебной практике, важное значение имеют не только признаки, определяющие понятие публичного договора, но и формальный аспект – закрепление его в нормативно-правовых актах [154, с.29]

В.В.Иванов, говоря о таких оценочных понятиях, как «публичный интерес», «добрые нравы», также отмечает, что их применение бывает несколько затруднено ввиду некоторой абстрактности самих формулировок и это обстоятельство дает слишком широкий простор для субъективного усмотрения толкователей и правоприменителей. [5, с.78] Хотя от правильного толкования материально-правовых норм судами при рассмотрении конкретных гражданско-правовых споров зависит эффективность правосудия и состояние публичного правопорядка в государстве.

Для сравнения заметим, что такое основание признания сделки недействительной, как совершение ее с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности (п.1 ст.158 ГК РК), практически отсутствует в судебной практике. Причинами такого положения, на наш взгляд, являются, во-первых, неуказание именно таких мотивов в качестве оснований признания сделки недействительной со стороны самих истцов; во-вторых, отечественному правоприменителю пока еще сложно оценить и описать содержание таких оценочных понятий, равно как и понятия «публичный интерес», даже при явном наличии необходимых для такой оценки характеристик в рассматриваемом споре.

М.И. Брагинский, говоря о субъектах публичного договора, также отмечает, что не любые субъекты гражданского права могут выступать в качестве обязанной стороны публичного договора, а только те, которые по характеру своей деятельности выполняют определенную *публичную функцию*. [17, с.255]

Примером осуществления *публичной функции* Г.А. Калашникова называет деятельность доминирующего на рынке лица в сфере естественной монополии, [136, с.4,5] поэтому есть основания полагать, что договоры в сфере естественных монополий являются публичными. Нами доказывалось, что организации высшего образования, в частности, тоже осуществляют публичную функцию государства, заключаемые ими договоры возмездного оказания образовательных услуг рассчитаны на массовое применение, а поэтому такие договоры следует относить к публичным договорам. [155] В качестве иных примеров публичного характера деятельности, «наиболее приземленных» - по выражению С.С.Алексеева, ученые приводят деятельность, например, шиноремонтной мастерской, которая была единственной в населенном пункте, работавшей по выходным дням; мастерской по ремонту электробытовых приборов и др. [17, с.258]

Понятие «публичный интерес» является относительно новым для юриспруденции стран СНГ, легального определения данного термина в законодательстве не существует, вместо него законодатель применяет «общественные интересы», «интересы общества и государства» и т.д.; доктринального определения в казахстанской науке также нет. Единственное упоминание сходного исследуемому термину обнару-

живаем в Законе РК «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» от 28 февраля 2007 г., статья первая которого содержит термин «организации *публичного интереса*» (подпункт 7), но данный контекст термина «публичный интерес» со всей очевидностью не находится в сфере нашего исследования.

К.И.Забсёв, констатируя, что по своей природе гражданское право призвано быть выразителем частных интересов, вместе с тем полагает, что его нормы в определенной степени способствуют и реализации интересов публичных, так как «существует и постоянно действует механизм «восхождения» интересов, согласно которому частные интересы, получая неоднократное воплощение, *достигают такой степени обобществления, при которой их реализация и защита становятся значимыми не только для каждого отдельного лица, но и для всего общества*». Автор считает, что под интересами гражданского оборота в цивилистике должны подразумеваться, в первую очередь, *публичные интересы*, поскольку этот оборот рассматривается как целостное явление, как совокупность юридически значимых действий всех его участников. По мнению ученого, как и отрасли публичного права, гражданское право устанавливает правила публичного порядка. [55]

Изучение научной литературы по проблемам интереса в праве и публичного интереса позволило выявить, что основная масса исследователей при классификации интереса по субъектам за основу берет учение Р.Иеринга более чем столетней давности, но не утратившее своей актуальности, о субординации интересов, подразделяя их на интересы отдельного человека (личности), интересы общественных групп и интересы общества в целом. Так, Ю.А.Тихомиров по степени общности различает индивидуальные, групповые и общественные интересы. [4, с.53]

Нам представляется, что здесь должна быть выдержана логическая последовательность: интересы одной личности перерасти в групповые; групповые интересы - в интересы неограниченного круга лиц, то есть во всеобщие, общественные интересы; а последние – перерасти в государственные интересы. И только при соблюдении такой цепочки взаимосвязей можно говорить о наличии публичного интереса, только тогда публичные интересы и государственные будут совпадать, станут тождественными, то есть государство, выпол-

няя свои внутренние функции, в том числе выполняет и функции обеспечения и защиты публичного интереса. Вместе с тем, как верно отмечается в литературе, публичные интересы не сводятся к механической сумме интересов названных социальных групп.

По нашему мнению, у государства нет собственных потребностей и интересов, государственными интересами должны быть общественные интересы, выражаемые через деятельность государства. Государство регулирует гражданские правоотношения и участвует в гражданских правоотношениях не в своих частных интересах, а в целях наиболее эффективного осуществления публичной власти, аналогичная точка зрения высказывается и другими учеными. [156, с.172] Подтверждение данному тезису можно найти и в теориях происхождения государства.

Категорию «публичный интерес» применительно к праву в целом одним из первых в российской юриспруденции исследовал профессор Ю.А. Тихомиров. Автор определил публичный интерес как «признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит гарантией ее существования и развития» [4, с.55]

К. Ю. Тотьев понимает под публичным интересом «жизненно необходимое состояние больших социальных групп (включая общество в целом), обязанность по реализации (достижению, сохранению и развитию) которого лежит на государстве» [157, с. 25]. Тем самым он не связывает публичный интерес с правом. Нам же представляется, что обязанность государства по реализации «жизненно необходимого состояния больших социальных групп», о которой говорит К.Ю.Тотьев, невозможно реализовать без помощи права. Что касается первого определения, то недостаток его видится нам в том, что понятие публичного интереса дается через сам термин «интерес», не раскрывая его сущность. Дело в том, что слово «интерес» имеет разное содержание. Так, в современном законодательстве термин интерес применяется как синоним слову «вознаграждение» в банковских, финансовых правоотношениях. И действительно, история его происхождения связана именно с выгодой в торговых сделках. В нашем же случае интерес никак не связан с материальной выгодой, он более синонимичен понятиям «польза, благо», а в основе интереса лежат определенные потреб-

ности индивида и социальной общности. В психологических, социологических словарях базовым термином для объяснения интереса служит слово «состояние», например, эмоциональное состояние, состояние удовлетворенности, достижение позитивных целей. К тому же потребности, лежащие в основе публичного интереса, должны быть правомерными, основанными на законе. Поэтому *под публичным интересом мы понимаем жизненно необходимое состояние индивида, социальной группы и всего общества, основанное на законе и защищаемое государством.*

Таким образом, публичный характер деятельности в частно-правовых отношениях определяется совпадением интересов индивида с интересами групп, социальных общностей, а через них – и всего общества, который и дает право законодателю устанавливать ограничения и пределы свободы, в том числе и предпринимательской деятельности. В основе же публичного характера деятельности лежит публичный интерес.

А.Е.Ефимов, исследуя данную категорию применительно к арбитражным процессуальным правоотношениям, полагает, что при рассмотрении гражданских дел наличие или отсутствие публичного интереса в спорном правоотношении должно выясняться с учетом обстоятельств каждого конкретного дела, и что нарушение публичного интереса должно проявляться в нарушении охраняемых прав вполне определенной личности, а не абстрактно. [158, с.58] Аналогичного мнения придерживается С.В.Михайлов, говоря, что публичный интерес должен учитывать благо всех и каждого, а не только всеобщие потребности. [70, с.64-65] К.Скловский говорит, что публичный интерес отличается от частного не качественно, а количественно, выражая известный общий интерес, совокупность частных интересов того или иного коллектива или социума. [100, с.35]

Г.А.Калашникова для определения одного из основных признаков публичного договора тоже применяет термин «публичная деятельность». Только он, по ее мнению, является основанием для понуждения коммерческой организации к заключению договора. [136, с.3]

Нам наиболее близка позиция В.Ф.Яковлева, который под публичным интересом понимает не столько интересы государства, сколько совокупные интересы граждан данного государства, в котором государство должно быть выразителем интересов всего общества,

всех своих граждан. [160, с.146] Добавим только, что речь должна идти не только о гражданах, но и о юридических лицах, т.е. всех субъектах гражданского оборота.

Абстрактных общественных интересов не существует, общественные интересы произрастают из совокупности частных интересов. Устанавливая общеобязательные правила поведения для защиты совокупности частных интересов, государство тем самым также проявляет интерес, и тогда общественный интерес совпадает с государственным интересом.

В частности, публичный интерес государства во вмешательстве в частные правоотношения, направлен на предотвращение злоупотребления своими правами доминирующих в данных правоотношениях субъектов. Доминирование основано либо на монополистическом положении (например, в сфере естественных монополий), либо на востребованности тех или иных услуг, товаров, работ и т.д.

По мнению А.Кубко, такие фундаментальные принципы, как признание личности высшей социальной ценностью, взаимная ответственность государства и граждан, направленность деятельности общества на реализацию потребностей его членов, обеспечение прав и свобод как приоритетная функция государственной власти и т.д. составляют основы *национального правопорядка*. Даже в случаях установления государством жестких требований ко всем или отдельным участникам гражданского оборота, это должно иметь целью обеспечение частного интереса в его согласовании с интересами более общего порядка – общества, больших общественных групп, государства. [103, с.83]

По нашему мнению, соответствие индивидуальных интересов общественным интересам должно формировать государство путем правового регулирования, так как, закрепляя ту или иную норму в нормативном правовом акте, законодатель имеет в виду ее воздействие как на определенную личность, индивида, так и на группы, общности индивидов, на общество в целом.

Интересы больших общественных групп, о которых говорит А.Кубко, имеют и иное название – интересы неопределенного круга лиц. Такой термин введен законодателем в последние десятилетия именно для защиты публичных интересов. Например, нормы об этом имеются в ГПК РК, [22] в Законе «О защите прав потребителей». [160]

Как отмечает В.В. Ярков, «отсутствие частноправовых способов защиты больших групп лиц привело к тому, что данная проблема... приобрела публичный характер... граждане были вынуждены апеллировать к государству, во-первых, в силу своего сложившегося менталитета, и, во-вторых, ввиду отсутствия частноправовых способов защиты их интересов, адекватно отвечающих характеру правонарушения и стимулирующих их на самостоятельное решение своих проблем через судебную систему». [161, с.144]

Пункт 7 статьи 41 нового Закона РК «О защите прав потребителей» предусматривает, что общественные организации потребителей вправе предъявлять иски в суд в интересах потребителей, в том числе в интересах неопределенного круга потребителей. Вступившее в законную силу решение суда по коллективному иску обязательно для суда, рассматривающего иск потребителя о гражданско-правовых последствиях действий указанных лиц.

При этом следует иметь в виду, что понятие публичного интереса шире понятия государственного интереса, т.к. носителем общественного (публичного) интереса является общество, а не государство. Государство должно ориентироваться на интересы общества, а не наоборот. [70, с.68-69; 4, с.10]

Конституция Республики Казахстан, как и Конституции многих современных государств, декларирует, что наше государство позиционирует себя социальным государством. К сожалению, исследования правовой природы социального государства в отечественной науке на современном этапе практически отсутствуют, хотя юридическая наука испытывает насущную необходимость проведения комплексного теоретического исследования в этой сфере. По мнению ученых, правовое государство является лишь средством, организационным принципом достижения общего блага, социального компромисса, которое составляет суть социального государства. [162]

К социальным услугам относят обычно медицинские услуги, образовательные, коммунальные и т.д., основная масса которых в Казахстане в настоящее время стала носить возмездный характер. А.А.Сироткина критерием публичного характера, например, медицинских услуг называет их социальную значимость, а в качестве одного из фактов подтверждения этому приводит установление уголовной ответственности за неоказание медицинской помощи. [163,

с.44-45] А.Хвощинский полагает, что в принципе, если бы не наличие ограничивающего указания на «коммерческую организацию» и существование специального относительно развитого законодательства о нотариальной деятельности, все правила о публичных договорах весьма успешно могли бы быть применены к деятельности частных нотариусов. [144]

Таким образом, наличием в правоотношении публичного интереса, а, следовательно, подтверждением публичного характера деятельности субъекта, служит предназначенный для широкой публики, открытый характер деятельности обязанной стороны, а также факт вовлечения в орбиту данного правоотношения большого, или, говоря языком законодательства о защите прав потребителей, «неопределенного» круга лиц. [160] Указанное обстоятельство нашло отражение уже в самом наименовании данного вида договора.

Хотя на практике некоторые участники таких правоотношений ошибочно полагают, что публичные договоры называются так в связи с необходимостью их обязательной публикации в средствах массовой информации. [164; 40, с.119-120]

В литературе верно отмечается, что для того, чтобы определенный интерес мог быть отнесен к категории именно публичного интереса, он должен соответствовать критериям объективированности, постоянства, стабильности. Субъективные потребности, обусловленные временными, кампанийскими обстоятельствами, не могут относиться к таковым. Причем потребности и интересы социальных групп должны предполагать удовлетворение их только законными способами, правовыми методами. И, конечно, как мы определили выше, интересы должны быть общими и для государства, и для общества, и для отдельной личности.

Однако, когда речь идет о законотворческом процессе, у нас присутствует некая недосказанность, неопределенность, боязнь использования всего объема присутствующего в лексиконе арсенала как формально-определенных, так и нравственных и этических критериев правового и неправового. Требование формальной определенности становится у нас чересчур заформализованным, сухим. А отсюда правовые нормы, выражающие критерии наличия публичного интереса, закрепляются обычно в таких «неприметных» частях законодательных актов, как преамбулы, общие положения, либо вовсе

не указываются и т.п. Отсутствие буквального, формально-определенного закрепления публичного интереса и необходимости его защиты негативно влияет на юридическую практику, на доктрину, правосознание, правовую психологию и правовую идеологию.

Так, не каждый среднестатистический обыватель усмотрит, например, в конструкции ст. 51 ГК РК защиту государством публичного интереса, заключающуюся в том, что в случае ликвидации юридического лица удовлетворению в первые очереди подлежат частные интересы отдельных лиц, интересы групповые, и в последнюю очередь – интересы самого государства. Структура Уголовного кодекса РК преследует те же цели, но об этом прямо не говорится в нормах данного законодательного акта, о публичном интересе говорится только в учебной и научной литературе. Видимо, по названной причине реализация права не соответствует истинной цели правовой политики государства, на стадии реализации исчезает суть цели правовой политики, а именно – ориентир на признание личности высшей ценностью государства.

В договорной практике развитых государств предприниматели включают в договор преамбулы, в которых, на наш субъективный взгляд, иногда чересчур выпячено, пафосно излагаются цели вступления участников в договорные отношения. В частности, преамбулы отражают волю и намерения сторон содействовать взаимной выгоде друг друга, действовать добросовестно, справедливо и с должной степенью осмотрительности и заботливости, предупредительности, взаимного уважения и непричинения ущерба партнеру, поступать в духе равноправного партнерства, подчинения действующим законодательным актам и т.д. В нашей же договорной практике преобладают сухие канцеляризмы, не содержащие даже намека на соблюдение правового порядка, нравственных ценностей и т.д., т.е. отсутствует связь с публичным интересом.

На наш взгляд, наибольшее количество публичных договоров «присутствует» в сфере оказания услуг, в том числе в сфере действия антимонопольного законодательства. Так, среди них можно назвать договоры на подачу и уборку вагонов, на обслуживание подъездного пути, о технической диспетчеризации отпуска в сеть и потребления электрической энергии на оптовом рынке электроснабжения, аэронавигационное обслуживание воздушных судов, услуги

магистральных трубопроводов, услуги морских портов, аэропортов, услуги водохозяйственной системы, общедоступные услуги почтовой связи и т.д. Основным признаком выделения таких договоров в особую группу является именно наличие публичного интереса в целях обеспечения публичного правопорядка в государстве и в силу монопольного положения обязанной стороны, которая обязана заключить такие договоры с каждым и со всеми, кто обратится.

С обозначением Республики Казахстан в качестве правового, демократического и социального государства изменились и приоритеты в правовом регулировании общественных отношений, а именно во главу угла должны быть поставлены интересы личности, индивида, и в последнюю очередь – интересы публичной власти. Все действия этой публичной власти должны быть направлены на реализацию одной цели – обеспечение достойного существования индивидов. Только таким путем возможно удовлетворение интересов личных, групповых, общественных, а, следовательно, и государства.

В настоящее время полностью отождествлять общественные интересы и государственные интересы невозможно в силу существования определенных расхождений между ними, обусловленных экономическими, политическим и иными обстоятельствами. Однако в действительно правовом государстве идеалом должно стать совпадение государственных интересов с общественными интересами.

Исследование достаточно большого количества современных научных мнений показало, что публичный интерес и публичный характер деятельности субъекта в частном праве зачастую смешиваются с понятием «публичный интерес» в публичном праве, а также термином «публичные услуги», исполнителем которых является государство в лице его уполномоченных органов. Утверждается даже, что употребление термина «публичный» должно свидетельствовать о возникновении здесь публично-правовых отношений, в которых хотя бы одной из сторон является лицо публичного права. В частности, А.Н. Варламова полагает, что термин «публичный характер деятельности» относится, прежде всего, к военной, аэрокосмической промышленности, энергетике, образованию, здравоохранению. [165, с.8]

В данном случае имеет место смешение неоднородных по содержанию и правовому воздействию понятий: военная и аэрокосмическая деятельность имеют непосредственное отношение к интересам

самого государства, не воздействуя ежедневно и ежечасно на огромное число пользователей, потребителей. А вот энергетика, образование и здравоохранение имеют своим качеством способность систематически, постоянно, быть востребованными практически всем населением любого государства и именно с этой точки зрения носят публичный характер.

Д.И.Дедов приводит примеры понимания в качестве публичного интереса цели обеспечения обороноспособности страны, безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан. [166, с.6] Несомненно, что названные им сферы имеют публичный интерес, но данный автор тоже смешивает публичные интересы в публичном праве и публичные интересы в частном праве.

Издательством «Норма» в 2007 г. опубликовано научно-практическое пособие «Публичные услуги и право» под редакцией Ю.А.Тихомирова, в котором публичная услуга понимается как деятельность, направленная на удовлетворение публичных интересов, потребностей. [96, с.11] Однако авторы книги практически на одну плоскость поставили как публичные услуги государственных органов и предприятий в сфере публичного права, так и публичные услуги в сфере частного права.

В Казахстане по примеру европейских государств также начали вводиться стандарты оказания государственных услуг. Так, Постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 июня 2007 года № 558 утвержден Типовой стандарт оказания государственной услуги, [167] а Постановлением №561 от той же даты [168] утверждено более 130 видов государственных услуг, оказываемых физическим и юридическим лицам, которые не относятся к теме нашего исследования, поскольку являются услугами в сфере публичных отношений, хотя также носят публичный характер.

В качестве примеров оказания государственных услуг, имеющих публичный характер, и регулируемых названным Постановлением, можно назвать оказание возмездных услуг РЦПИ по установке и обновлению электронного правового справочника «Закон», возмездные услуги Центров по недвижимости по регистрации прав и обременений на имущество; услуги государственных органов по выдаче документов, удостоверяющих личность; выдаче ИИН, РНН,

СИК и т.п. Особо остановимся на публичных услугах Комитета по правам интеллектуальной собственности Министерства юстиции РК по депонированию произведений, являющихся объектами авторского права. Данная услуга включена в Главу 50 ГК РК (ст.979), причем договор, опосредующий данную услугу, назван законодателем публичным. Представляется, что налицо явный казус, нормы ст. 979 ГК РК подлежат внесению в них изменений об исключении данного правоотношения в качестве публичного договора, так как в противном случае правила о публичном договоре в гражданском праве придется распространить и на все иные 129 публичных услуг государства, предусмотренных настоящим Постановлением.

Тем самым, публичные услуги государства, оказываемые его органами, государственными предприятиями и учреждениями, не следует смешивать с услугами, хотя и направленными на реализацию публичных функций государства, но оказываемых иными субъектами гражданского оборота – негосударственными юридическими лицами и физическими лицами.

Таким образом, одним, но не единственным, из основных квалифицирующих признаков публичного договора является деятельность обязанной стороны, имеющая публичный характер, как интерес «публики» (множества лиц), всех и каждого, как обеспечение частного интереса в его согласовании с интересами коллективов, всего общества и государства. В содержание данного признака входят запрещение для «коммерческой организации» отказаться от заключения договора, обязанность заключения договора с каждым, кто обратится, право потребителя требовать принудительного заключения договора.

Особенности субъектного состава публичного договора «Коммерческая организация»

Говоря о субъектном составе публичного договора, законодатель выделяет две стороны: «коммерческая организация» и «каждый, кто к ней обратится». Некоторые авторы одним из признаков публичного договора называют «стороны». Нам представляется, что «стороны» являются неизменными участниками любого обязательственного правоотношения, поэтому нельзя такой общий элемент любого правоотношения относить к признаку. Поэтому мы именуем соответствующий признак как «особенности субъектного состава публичного

договора», полагая, что именно присущие публичным договорам характеризующие стороны особенности и должны послужить в качестве квалифицирующего признака всех публичных договоров.

Остановимся вначале на той стороне, которая названа законодателем «коммерческая организация», на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору. Например, энергоснабжающая организация, перевозчик, продавец в розничной торговле и т.д.

В гражданско-правовой литературе существуют две прямо противоположные точки зрения относительно толкования нормы, устанавливающей данный субъектный состав.

Сторонники первой точки зрения отстаивают так называемое буквальное толкование норм об обязанной стороне данного правоотношения: термин «коммерческая организация» трактуется в соответствии с пунктом 1 ст. 34 ГК РК, где коммерческой организацией признается юридическое лицо, образованное для извлечения чистого дохода в качестве основной цели деятельности, а в п.2 данной статьи дан исчерпывающий перечень организационно-правовых форм коммерческих организаций, к числу которых относятся акционерные общества, хозяйственные товарищества, производственные кооперативы, государственные предприятия. [142, с.18; 136]

Согласно второй точке зрения понятие «коммерческая организация» подлежит распространительному толкованию. В частности, данный термин предлагается понимать не буквально, а в перечень обязанных лиц включать и индивидуальных предпринимателей, а также некоммерческие организации, осуществляющие допустимую законом и учредительными документами предпринимательскую деятельность. К последней группе О.Ю.Гудушина, в частности, относит и значительное количество государственных и муниципальных медицинских учреждений в Российской Федерации, оказывающих платные медицинские услуги. [169]

Системный анализ имеющихся в законодательных актах правовых норм, посвященных публичным договорам, позволяет усомниться в истинности как воли законодателя, так и сторонников первой из приведенных точек зрения и прийти к иному выводу. Практика применения договоров, прямо названных законодателем публичными, бесспорно показывает, что обязанной стороной здесь являются не только коммерческие юридические лица, но и индивидуальные пред-

приниматели без образования юридического лица. Особенно ярко это проявляется в договорах розничной купли-продажи, проката, бытового подряда и др. [65, с.390-391] То есть публичным может признаваться и договор, заключаемый также и индивидуальным предпринимателем без образования юридического лица, а не только коммерческой организацией. Исключения составляют случаи, когда иное не вытекает из закона, других правовых актов или существа правоотношений (п. 3 ст. 19 ГК РК).

Как верно отмечают ученые, если правила о публичных договорах распространять только на коммерческие юридические лица, то коммерческие организации были бы поставлены в неравное положение с индивидуальными предпринимателями, то есть на последних не распространялись бы установленные правила о публичном договоре, ограничения договорной свободы в пользу потребителей, кроме тех, которые закреплены в законодательстве о защите прав потребителей. [17, с.255]

Пункт 3 ст. 19 ГК РК гласит, что к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила Гражданского Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из законодательства или существа правоотношения. Это еще одно подтверждение нашего вывода о некорректности формулировки ст. 387 ГК РК в части изложения основных квалифицирующих признаков публичного договора.

Однако не любая коммерческая организация или индивидуальный предприниматель могут выступать в качестве участника публичного договора, а только те, которые по характеру своей деятельности обязаны осуществлять продажу товаров, выполнять работы или оказывать услуги в отношении каждого, кто к ним обратится, то есть если они осуществляют деятельность, имеющую публичный характер.

Но характеристика обязанной стороны публичного договора на этом не заканчивается. Дальнейший анализ признаков стороны, несущей бремя исполнения основной обязанности по договору, отнесенному законодателем к числу публичных, показывает, что ею могут быть не только предприниматели, но и некоммерческие органи-

зации, которые на основании п.3 ст.34 ГК РК имеют право заниматься предпринимательской деятельностью. Например, учреждения в сфере образования, здравоохранения, публичные библиотеки.

Одним из первых в юридической науке С. Дедиков выразил мнение о том, что нелогично исключать из числа обязательных субъектов публичного договора некоммерческие организации, которые при определенных условиях тоже могут заниматься предпринимательской деятельностью, составляющей предмет публичного договора, например розничной торговлей, прокатом спортивного или иного культурно-массового инвентаря. [170, с.116] О.С.Левченко также упоминает о некоммерческих организациях, но далее в ее диссертации в качестве обязательной стороны речь идет только о предпринимателях. [140, с.10 и др.]

Нам представляется, что организации образования, созданные в форме некоммерческих организаций, также являются и субъектами публичного договора. Так, высшее или среднее специальное учебное заведение в форме некоммерческого образовательного учреждения, частная школа, частное дошкольное учреждение – все они имеют право заниматься предпринимательской деятельностью в уставных целях. Однако Е.О.Крассов, рассматривая договор о присоединении к торговой системе оптового рынка электрической энергии, только по одной лишь причине – некоммерческое партнерство «Администратор торговой системы оптового рынка электроэнергетики Единой энергетической системы» является некоммерческой организацией – полагает данный договор не относящимся к публичному, что в корне неверно. [141, с.88]

Иные примеры оказания публичных услуг некоммерческими организациями в частно-правовой сфере будут рассмотрены нами в следующем разделе работы.

Левченко О.С., признавая, что обязательной стороной в рассматриваемом виде договора могут быть как коммерческие, так и некоммерческие юридические лица, а также индивидуальные предприниматели, тем не менее, в дефиницию публичного договора предлагает включить только «лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью». [140, с.9] Представляется, что с таким определением можно согласиться, т.к. в соответствии с п.3 статьи 34 ГК РК некоммерческая организация тоже может заниматься предпринима-

тельской деятельностью, но лишь постольку, поскольку это соответствует ее уставным целям.

Тем самым в качестве «контрагента потребителя» могут выступать как коммерческие и некоммерческие юридические лица, так и индивидуальные предприниматели без образования юридического лица. Причем доля предпринимателей в качестве обязанной стороны в публичных договорах наибольшая по сравнению с остальными субъектами. Особенностью «коммерческой организации» является то, что она выступает одновременно как носитель и частного, и публичного интереса.

Дополнить характеристику обязанной стороны необходимо еще одной чертой – «коммерческая организация» должна заниматься такой деятельностью систематически, профессионально, а не от случая к случаю. Наше мнение подтверждается и авторитетным мнением В.Ф. Яковлева, который к основным признакам предпринимательской деятельности относит систематичность и профессиональный характер. [172, с.5] Некоторые ученые характеризуют сторону, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности в публичном договоре, как «любые субъекты *профессиональной* экономической деятельности».

В настоящей работе для обозначения обязанной стороны публичного договора применяется ныне легальное, но с нашей точки зрения, условное название «коммерческая организация», а в ст. 387 Гражданского кодекса РК предлагается заменить данный термин на «лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью».

«Потребитель»

Статья 387 обозначает контрагента «коммерческой организации» как «каждый, кто обратится» и как «потребитель». Когда же в любом нормативном акте, а тем более в законодательном, регулирующем гражданские правоотношения, используется термин «каждый» («... с каждым, кто обратится»), это означает, что речь идет об обобщенном понятии любых субъектов гражданских правоотношений: физические лица, юридические лица и государство.

В то же время легальное содержание термина «потребитель» было помещено законодателем в п.1 ст.2 Закона Казахской ССР «О защите прав потребителей», где потребителем признавался гражданин, который покупает товар и пользуется работами и услугами в целях личного потребления или использования в частном хозяйстве (п.1 ст.2). [173]

На этом основании некоторые авторы считают, что если коммерческая организация или гражданин-предприниматель приобретают товары, пользуются услугами и результатами выполненной работы для предпринимательских нужд, то правила ст. 387 ГК РК не применяются.

Новый Закон РК «О защите прав потребителей» 2010 г., как и прежний, содержит указание на потребителя только как на физическое лицо. [160] Полагаем, что здесь необоснованно дано ограниченное толкование понятия «потребитель» по кругу лиц, аналогичное мнение высказывает С.Н.Костикова. [126] Однако законодатель изменил в новом Законе понятие потребителя в той части, что потребитель – это физическое лицо, имеющее намерение заказать или приобрести либо заказывающее, приобретающее и (или) использующее товар (работу, услугу) для удовлетворения *своих* потребностей, а не только личных, семейных. Полагаем, что такое изложение можно толковать распространительно и оно более соответствует нашей позиции.

А.А.Райлян считает, что потребителями могут быть только граждане, но вместе с тем верно отмечает, что приобретаемый гражданином-потребителем товар может быть использован как им *лично*, так и для удовлетворения *иных нужд*», но не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. [98, с.11]

О.С.Левченко, Е.А.Мищенко и другие полагают в качестве потребителей признавать только тех субъектов, кто обращается к «коммерческой организации» «в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью», [140, с.10; 174, с.9] и что потребление товаров, работ или услуг не в бытовых, личных или семейных целях вытесняет этот договор за рамки публичного. [175, с.324]

Несостоятельность их позиций станет очевидной на примере договора энергоснабжения, где и коммерческие юридические лица, и индивидуальные предприниматели без образования юридического лица используют энергию в основном для производственных и предпринимательских целей, но от этого договор энергоснабжения с такими абонентами не меняет своей характеристики как публичный договор. Об этом четко сказано в п. 16 Правил организации и функционирования розничного рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке, в соответствии с которым потребители электрической энергии на розничном рынке, в зависи-

мости от цели использования электрической энергии, делятся на потребителей, использующих электроэнергию исключительно на освещение и другие нужды, не связанные с производством, и использующих для производства товаров, работ и предоставления услуг. [176] Такие же доводы можно привести о потребителях договора перевозки грузов транспортом общего пользования, договора складского хранения и т.д.

Анализ же норм Гражданского кодекса и иных законодательных актов, содержащих указания на публичный характер соответствующего договора, показывает, что в них содержатся разные подходы. Так, в одних нормах в качестве потребителей прямо названы или подразумеваются только граждане (ст. 445 ГК РК). В остальных нормах кодекса и иных нормативных правовых актов, посвященных публичным договорам, вообще нет никаких прямых указаний на характеристику потребителей договора, но из статей, посвященных соответствующему виду либо подвиду договоров, можно сделать вывод, что в качестве потребителей могут быть и юридические, и физические лица, а также индивидуальные предприниматели без образования юридического лица (например, ст. 482 ГК РК). Немецкие исследователи К.Цвайгерт и Х.Кётц также неоднократно подчеркивают, что в зарубежных правовых порядках потребителями могут выступать как физические лица, так и предприниматели. [69]

Так, на основании п. 2 ст. 23 ГК РК несовершеннолетние в возрасте до четырнадцати лет вправе самостоятельно совершать соответствующие их возрасту мелкие бытовые сделки, исполняемые при самом их совершении. К таким сделкам относится договор розничной купли-продажи. Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет вправе самостоятельно совершать соответствующие их возрасту мелкие бытовые сделки, а также иные сделки в пределах получаемого ими заработка или иного легального дохода. Следовательно, продавец в розничной торговле не имеет права отказать в заключении договора указанным выше лицам.

Вместе с тем законодательство вводит и ограничения по субъектам даже в договоре розничной купли-продажи. В частности, спиртные напитки и табачные изделия не могут быть расценены как объекты мелкой бытовой сделки и покупатели для заключения до-

говора по их купле-продаже должны достигнуть специального указанного законодателем возраста.

Для приобретения в розничной торговой аптечной сети наркотических средств, приобретения огнестрельного оружия потенциальные покупатели должны иметь соответствующее разрешение, рецепт и т.д. Тем самым даже наличие определенного объема дееспособности не дает основание «каждому, кто обратится» вступить в те или иные договорные правоотношения, бесспорно отнесенные законодателем к публичным.

Некоторые исследователи полагают, что договор возмездного оказания образовательных услуг, например, не может быть отнесен к публичным договорам, так как абитуриент вуза, в частности, должен иметь соответствующее базовое образование, пройти испытание на вступительных экзаменах, и т.д. Мы не согласны с такой постановкой вопроса, так как и в ставших классическими публичными договорах энергоснабжения, связи и т.д. потребитель также должен соответствовать жестко установленным законодателем требованиям. Например, абонент для заключения договора энергоснабжения должен иметь соответствующее электрическое оборудование, сети, в противном случае такой договор с ним не может быть физически заключен.

Тем самым использованная законодателем юридическая формула «каждый, кто обратится» к доминирующей стороне, хотя и подразумевает под потребителем любого субъекта гражданского права, но вместе с тем в конкретном договорном правоотношении означает, что субъект должен соответствовать определенным, установленным законодательством, требованиям. Самое общее требование для «каждого, кто обратится» - это наличие правосубъектности, соответствующего объема дееспособности.

В числе потребителей публичного договора имеются и такие, для которых в свою очередь заключение договора является обязательным. Это многочисленные договоры об обязательном страховании, об обязательном аудите. По нашему мнению, такие договоры также являются публичными, поскольку налицо публичный интерес, в связи с которым государство требует непременно заключения названных договоров под страхом прекращения или как минимум приостановления деятельности соответствующих субъектов. А поскольку они против своей истинной воли должны вступать в договорные от-

ношения с «коммерческими организациями», имеющими, как правило, специальные лицензии, то и для исполнителей возникает обязанность заключения таковых.

Тем самым понятие «потребитель», избранное законодателем в сфере действия публичного договора, гораздо шире по содержанию, чем такое же понятие в законодательстве о защите прав потребителей. В публичном договоре понятие «потребитель» условно, оно используется для обозначения контрагента стороны, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору, отнесенному к публичным. «Потребитель» в публичном договоре может использовать «товар» продавца, услугодателя, подрядчика не только для личных, потребительских, но и для иных, в том числе, предпринимательских, производственных, целей. Данный тезис обосновывается в дальнейшем путем рассмотрения примеров договора перевозки транспортом общего пользования, договора хранения, договора энергоснабжения, оказания услуг связи и т.д., прямо названных публичными законодателем. Поэтому следует подчеркивать, что законодательство о защите прав потребителей применяется в основном для тех публичных договоров, где потребителями выступают физические лица, а также юридические лица, но определяющей является цель использования получаемого товара, работы, услуги – только для потребительских целей, не связанных с предпринимательскими.

Полагаем, что упущением казахстанского законодателя является отсутствие ссылки на применение законодательства о защите прав потребителей к правоотношениям, прямо названным законодателем публичными. Данный пробел необходимо восполнить путем внесения соответствующих дополнений в Гражданский кодекс, с учетом указания на целевое предназначение потребления, не связанное с предпринимательством. В частности, такое дополнение следующего содержания можно внести в ст. 10 ГК РК: «7. К правоотношениям с участием потребителей дополнительно применяются нормы законодательных актов о защите прав потребителей».

Кроме того, полагаем, что наряду и одновременно с правилами о публичном договоре и о защите прав потребителей к рассматриваемым правоотношениям должны также применяться нормы по предупреждению, ограничению и пресечению монополистической де-

тельности и недобросовестной конкуренции, о чем говорят и другие исследователи. [177, с.4]

Следует выделить еще один присущий потребителю публичного договора признак: потребитель характеризуется не просто широким кругом субъектов, но и большим их количеством, который можно определить как «неопределенный круг лиц». Поэтому публичный договор имеет важное социальное значение, его надлежащее исполнение оказывает воздействие на правопорядок в целом, а не только на интересы отдельного потребителя. Именно в этом мы усматриваем особую роль публичного договора, связанную с установлением социальной справедливости в обществе.

Потребитель, как слабая сторона публичного договора, отличается от доминирующей стороны тем, что он обладает меньшей степенью свободы при заключении договора, выборе контрагента, формировании условий договора, либо вообще лишен права выбора контрагента (например, в естественномонопольной сфере). В связи с этим он имеет повышенную заинтересованность не только в заключении, но и реальном исполнении договора. Но по сравнению с обязанной стороной договора потребитель характеризуется полным отсутствием или недостаточностью информации о специфике деятельности контрагента, об особенностях предлагаемых им товаров, работ или услуг; незнанием или недостаточным знанием содержания договора, т.е. прав и обязанностей сторон, незнанием особенностей заключения и исполнения договора и т.д.

В связи с участием на стороне потребителя большого круга субъектов и фактами частого нарушения их прав со стороны «исполнителей» в зарубежном и отечественном законодательстве появились термин «консюмеризм» и иски в защиту неопределенного круга лиц (п.1 ст.8, п.4 ст.285 ГПК РК). [178, с.163-171]

Таким образом, особенностью обязанной стороны публичного договора, названной законодателем «коммерческая организация», является широкое содержание данного термина, включающее в себя как непосредственно коммерческие организации, так и индивидуальных предпринимателей, и некоммерческие организации, имеющие право на занятие предпринимательской деятельностью в уставных целях. Особенностью «потребителей» является также распространительное толкование содержания данного условного термина,

на основании чего потребителями публичных договоров могут быть как физические, так и юридические лица, использующие или намеревающиеся использовать товары, работы или услуги как в потребительских, так и в производственных, предпринимательских целях. Особенностью «потребителей» является также количественная характеристика, определяемая нами как «неограниченный круг лиц».

Иные признаки публичного договора

Следующим признаком публичного договора законодатель называет недопустимость оказывать предпочтение одним потребителям по сравнению с другими при определении *цены* договора. Дело в том, что в настоящее время основная масса имущественных правоотношений носит возмездный характер, особенно четко это проявляется в сфере публичных договоров. Ст. 385 ГК РК содержит общее правило, в соответствии с которым исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. В предусмотренных законодательными актами случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами.

П. 2 ст. 387 ГК РК уточняет приведенную норму: «Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей». Под иными условиями имеются в виду сроки исполнения, качество и т.д.

В публичных договорах, рассчитанных на массового потребителя, вопрос о цене имеет особое социальное значение. В условиях постоянной инфляции происходит систематическое повышение цен на социально значимые товары, работы и услуги. Поэтому, в отличие от имеющихся в науке подходов к рассмотрению цены нам представляется, что значение данного условия позволяет отнести его к самостоятельному признаку публичного договора.

Ограничение свободы договора путем установления одинаковой цены для всех потребителей за одни и те же виды товаров, работ или услуг не вызывает разночтений в теории гражданского права. Хотя сами «коммерческие организации» не всегда желают признавать и исполнять требования законодательства о цене в публичных дого-

ворах. Так, один из московских отелей своим решением установил разные цены за одни и те же номера для граждан разных государств, невзирая на отнесение гостиничных услуг к сфере действия публичного договора. [179, с.102]

Если цена того или иного публичного договора относится к регулируемым ценам и установлена нормативным правовым актом, то «лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью», не имеет права устанавливать ее самостоятельно и произвольно, даже одинаковой для всех и в том числе по сопутствующим услугам. В частности, при заключении и исполнении договора железнодорожной перевозки грузов одним из условий договора является возврат потребителем в установленные сроки вагонов, контейнеров и иной оборотной тары, несвоевременный возврат влечет имущественные санкции. АО «Казахстан темиржолы» Приказом от 13.10.2006 г. увеличило в 5 и 10 раз цены за задержку возврата контейнеров и вагонов, тогда как в соответствии со ст. 49 Закона «О железнодорожном транспорте» размер такой платы должен устанавливаться в соответствии с законодательством РК, а не приказом национального перевозчика. [179, с.276-277] Почти до конца 2007 г. в данном вопросе имел место правовой пробел, восполняемый названным образом, и лишь 27.11.2007 г. Приказом Министра транспорта и коммуникаций в Правила перевозок грузов железнодорожным транспортом были внесены дополнения в части установления единых цен за услуги по перевозке грузов. [180]

Спорные вопросы и точки зрения появляются по вопросу о предоставлении льгот по цене публичных договоров потребителям. При этом следует иметь в виду, что такие льготы должны предоставляться не отдельным, единичным, конкретным лицам, а отдельным категориям лиц (инвалидам, участникам войны, членам многодетных семей, матерям-героиням и т.п.). Например, право бесплатного проезда общественным транспортом отдельным категориям граждан. Эти льготы, по мнению законодателя, должны быть предусмотрены нормативными правовыми актами государства.

Не все ученые согласны с тем, что льготы по цене должны предоставляться только на уровне нормативных правовых актов. Так, Г.А.-Калашникова полагает, что предусмотренное пунктом 2 ст.426 ГК РФ право коммерческой организации предоставлять льготы отдельным категориям потребителей только при наличии соответствующей

щего указания в законе необоснованно ущемляет права как коммерческой организации, так и потребителей. В связи с этим она предлагает изменить норму, указав, что коммерческая организация вправе самостоятельно устанавливать льготы для аналогичных категорий потребителей. В случае спора она обязана доказать правомерность и обоснованность введения льгот. [136, с.10] Так, на практике часто применяются скидки при покупке двух и более изделий одного наименования. По договору бытового подряда подрядчик может применить скидки на выполняемые работы социально незащищенным слоям населения; скидки при заказе на сумму свыше определенной суммы, и т.д. Подпунктом 4 пункта 36 Правил оказания коммунальных услуг предоставлена возможность снабжающей организации «при условии предварительной оплаты Потребителем услуг производить скидку с действующих тарифов, утвержденную в установленном порядке».

Неразумно запрещать такие действия обязанной стороны в публичных договорах, напротив, следует законодательно закрепить такие ситуации, что также будет способствовать достижению социальной справедливости в обществе.

При этом мы солидарны с Н.И. Клейн, что не должна допускаться дискриминация, т.е. нельзя ставить одного или нескольких потребителей в неравное положение по отношению к другим потребителям, [154, с.30] непременно должно соблюдаться требование Конституции РК о недопущении дискриминации по различным признакам.

Несмотря на то, что возмездность – характерный признак публичного договора, в виде исключения к публичным договорам можно отнести, например, безвозмездные услуги по хранению в гардеробах организаций.

Наличие публичной оферты является еще одним характеризующим свойством публичного характера деятельности субъекта.

В соответствии с п. 5 ст. 395 ГК РК, публичной офертой признается предложение оферента, содержащее все существенные условия договора, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется. Тем самым публичная оферта обращена к неопределенному кругу лиц и свидетельствует о намерении оферента заключить договор с каждым, кто обратится, то есть рассчитана на

ее неоднократное применение. При этом offerent вовсе не обязан публиковать в средствах массовой информации или рассылать потенциальным потребителям индивидуальные письменные оферты (проекты договоров). Публичная оферта может быть выражена как в устной, так и в письменной форме. Например, размещение киоска, магазина, лотка на определенном месте, а тем более выставление товаров на витринах уже свидетельствует о наличии публичной оферты на заключение договора розничной купли-продажи.

Дело в том, что публичный характер деятельности субъекта вытекает не обязательно из публично сделанного им устно или письменно предложения о заключении договора в требуемой законом форме. Для многих обязанных субъектов публичного договора публичный характер их деятельности вытекает из учредительных документов и уставной деятельности. Это относится, в частности, к деятельности профессиональных хранителей, перевозчиков, энергоснабжающих организаций, страховых организаций, банков и т.д. Без привлечения как можно большего количества клиентов-потребителей существование таких субъектов становится бессмысленным, поэтому они не могут обосновывать отказ от заключения договора ссылкой на то, что не давали публичную оферту. Такая же точка зрения поддерживается А.Нурмагамбетовым и другими исследователями. [54, с.133]

Представляется, что публичность оферты напрямую связана с характером деятельности «коммерческой организации», регламентированной ее уставными целями деятельности, фактической деятельностью индивидуального предпринимателя, или определена законом. Например, товары, работы и услуги субъектов естественной монополии востребованы и без особого к тому приглашения. Открытая дверца автоматической камеры хранения на вокзале означает предложение о заключении договора хранения, подача автобуса к остановке – предложение о заключении договора перевозки пассажира и т.д. Подрядчик по договору бытового подряда не может отказать в заключении договора заказчику, мотивируя тем, что он не давал публичной оферты о заключении договора. Продавец розничной торговли также не имеет права отказать в заключении данного договора, ссылаясь на отсутствие приглашения для покупателей в форме публичной оферты, в частности, через средства массовой информации. Публичный характер деятельности банков, страховых организаций определен их

установными целями деятельности. В случаях, когда адресаты публичной оферты обладают качеством неопределенной множественности, оферта сохраняет свою силу для каждого последующего адресата, т.е. для каждого, кто отзовется на нее, т.к. рассчитана на неоднократное (можно сказать - систематическое) применение.

В Российской Федерации договор банковского вклада с участием граждан прямо назван публичным договором (п. 2 ст. 834 ГК РФ). В этой связи Е.А.Мищенко приводит следующий пример: житель Санкт-Петербурга обратился к филиалу иностранного банка с просьбой о заключении договора банковского вклада. Банк, мотивируя тем, что он не делал никаких публикаций, не вывешивал никаких объявлений, содержащих информацию о своей готовности открывать счета физическим лицам, отказался заключать требуемый договор. В настоящее время он якобы не может оказывать качественные услуги в связи с отсутствием производственных и технических возможностей. Однако филиал вынужден был предоставить суду лицензию Центробанка РФ, которая свидетельствовала о соответствии его всем требованиям для оказания банковских услуг, в том числе и договора банковского вклада. Суд утвердил мировое соглашение, по которому филиал банка признал свою вину и обязался возместить истцу убытки. [181, с.15-16] Полагаем, что аналогичным образом должны решаться споры в договорах страхования, аудита, оказания возмездных образовательных услуг и т.п.

Судебная практика знает и незаконные решения судов в этой части. Так, по иску прокурора о признании недействительными части условий публичного договора на энергоснабжение, предложенного энергоснабжающей организацией, суд отказал в удовлетворении иска, мотивируя тем, что публичная оферта никем еще не акцептована, а потому сама оферта не может быть предметом судебного разбирательства, тем более в порядке гражданского судопроизводства. [179, с.91] Областной суд отменил данное решение, как не соответствующее законодательству, тем самым признав наличие в данном случае преддоговорного спора по публичному договору, подлежащего рассмотрению в гражданском порядке.

То есть права контрагентов обязанной стороны на заключение соответствующего договора гарантированы уже на стадии заключения договора. Данное обстоятельство дает нам основание выделить

значимость именно преддоговорной стадии при заключении публичного договора.

На этой же стадии, т.е. на стадии предъявления оферты, в соответствии с ГК РК и законодательством о защите прав потребителей «коммерческая организация» обязана предоставить своему контрагенту всю необходимую информацию о товарах, работах и услугах, являющихся предметом его деятельности, а также о себе и об иных фактических изготовителях (производителях). Например, в договоре розничной купли-продажи продавец обязан предоставить покупателю необходимую и достоверную информацию о товаре, который предлагается к продаже. Особенно это касается сложной бытовой техники, легковых автомобилей, и т.п. Такую обязанность продавец должен исполнить в соответствии с установленными законом, иными правовыми актами и обычно предъявляемыми в розничной торговле требованиями к содержанию и способам предоставления покупателю информации о товаре. К сожалению, такая обязанность установлена законом только для договора розничной купли-продажи и мы также по инерции комментируем именно эту сферу. Вместе с тем следует признать, что обязанность «исполнителя» предоставлять информацию на преддоговорной стадии, т.е. при предъявлении оферты, должна быть установлена по отношению и к другим видам договоров, например, проката, бытового подряда, оказания услуг и т.д. А во избежание дублирования одной и той же обязанности в разных договорных типах в литературе предлагается включить в общую часть обязательственного права общую норму, которая регулировала бы предоставление информации в ходе преддоговорных контактов на стадии рассмотрения оферты.

Некоторые публичные договоры заключаются путем совершения конклюдентных действий. Например, заключение договора оказания услуг телефонной связи путем использования телефона-автомата, проезд в метро путем опускания жетона в специальное гнездо турникета и т.д.

Более подробно права и обязанности сторон публичного договора в названной части будут исследованы применительно к конкретным видам договоров в следующем разделе работы.

Пятым признаком публичного договора, на наш взгляд, является заключение публичного договора способом присоединения потребителя к варианту оферты, предложенному «коммерческой органи-

зацией». Нами выше были рассмотрены вопросы издания Правительством подзаконных нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере действия тех или иных публичных договоров. При этом ныне можно утверждать, что значительная часть таких правоотношений урегулирована типовыми договорами, правилами и положениями. Это означает, что «коммерческая организация» на основе таких форм права либо на основании примерных договоров (примерных условий) или собственных разработок составляет заранее проекты однотипных договоров и предлагает их неограниченному кругу лиц - «каждому, кто обратится».

На практике осталось не так много сфер действия публичных договоров, где бы отсутствовали заранее разработанные на уровне нормативных правовых актов, апробированные «коммерческой организацией» условия публичной оферты. В договоре розничной купли-продажи это Правила внутренней торговли, в договоре перевозки - Правила перевозок грузов автомобильным транспортом, Правила перевозок пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях РК; Правила перевозок пассажиров, багажа и грузобагажа железнодорожным транспортом, и т.д.; в сфере возмездного оказания образовательных услуг - Типовой договор оказания образовательных услуг и другие.

Следовательно, публичные договоры заключаются в *форме* договора присоединения, *способом* присоединения.

О том, что любой публичный договор является договором присоединения, утверждают А.В.Цыпленкова, [60, с.10-11] Б.Н. Сейнаров, [182, с.110] Р.А.Тельгарин, [79, с.88] В.Андреев [183, с.12] и другие. Противоположная точка зрения о самостоятельности договора присоединения и публичного договора высказывается также многими учеными.

Теория и практика договорного права свидетельствуют о наличии множества проблем, связанных с защитой слабой стороны даже в договорах с участием банков, которые по юридической природе должны быть основаны на принципе свободы договора, не в пример, в частности, сфере естественной монополии. Банки разрабатывают собственные типизированные, стандартизированные условия договоров и предлагают их клиентам, которым остается только присоединиться к ним.

В сфере розничного и оптового рынков энергоснабжения, услуг связи термин «присоединение» применяется в буквальном смысле

– как физическое присоединение сети проводов потребителя к сетям энергоснабжающей, энергопередающей или энергопроизводящей организации.

В связи с неразработанностью конструкции договора присоединения в науке гражданского права, рассмотрим соотношение публичного договора и договора присоединения более подробно далее в работе.

Издание правил, типовых условий и т.п., обязательных для сторон при заключении и исполнении публичных договоров, является еще одним признаком, характеризующим публичный договор. П. 4 ст. 387 ГК РК гласит: «В случаях, предусмотренных законодательными актами, Правительство Республики Казахстан может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.)». Буквальное толкование приведенной нормы говорит о том, что не для каждого правоотношения, даже отнесенного законодателем к сфере действия публичного договора, должны издаваться обязательные для применения нормативные правовые акты в виде типовых договоров, положений и т.п. Например, нет таких актов в сфере оказания гостиничных услуг, бытового подряда, опосредуемых публичными договорами. Поэтому к публичным договорам могут быть отнесены и такие, которые не урегулированы дополнительно актами Правительства. В связи с чем есть все основания отнести к публичным договорам и иные договоры, например, договор обязательного оказания аудиторских услуг, договоры банковского обслуживания и другие, для которых Правительством РК не утверждены типовые договоры.

Данный признак тесно связан с таким признаком, как заключение публичного договора в форме присоединения к заранее сформированной оферте. Но, как мы считаем, письменная оферта может быть основана как на нормативном материале, так и разработана самим оферентом с использованием примерных условий или собственного типизированного проекта договора.

Здесь же речь идет о том, что практическая реализация вмешательства государства в регулирование правоотношений, отнесенных к сфере публичных договоров в гражданском праве, выражается не только в издании законодательных актов, сколько в издании подза-

конных нормативных правовых актов на уровне Правительства. Как отмечает А.Г. Диденко, чрезмерная диспозитивность может ущемлять более слабую сторону в договоре, [184, с.7] а детализация прав и обязанностей сторон на уровне постановления Правительства создает гарантии для потребителя. [17, с. 88] По мнению А.Б.Венгерова, типовые договоры представляют собой своеобразное участие государства в регулировании экономики, устанавливая обязательные основные условия тех или иных соглашений. [77, с.245] А отсюда, на наш взгляд, проистекает и еще одно последствие – это довольно жесткая, детальная регламентация прав и обязанностей сторон публичного договора в нормативном порядке, наглядно и предметно демонстрирующая ограничения свободы договора в целях установления социальной справедливости в обществе.

Издание Правительством РК общеобязательных правил призвано обеспечить защиту прав потребителей, так как отношения, регулируемые публичным договором, как мы отмечали ранее, это, прежде всего, отношения с массовым потребителем. Если в советском праве императивное регулирование гражданских правоотношений объяснялось господством командно-административного регулирования экономической жизни, то в настоящее время законодатель руководствуется целью юридического уравнивания субъектов, являющихся фактически неравноправными, то есть достижения социальной справедливости.

Однако, несмотря на утверждение в разное время Правительством правил предоставления/оказания некоторых видов таких услуг (телефонной связи, торговли, перевозки и других), приходится констатировать, что на практике потребитель не стал более защищенной стороной публичного договора. Причина данного явления видится нам в том, что проекты типовых договоров, правил разрабатываются заинтересованными министерствами и ведомствами, следовательно, отражают их узковедомственные интересы, а контроль за соблюдением прав слабой стороны государством не осуществляется. Также же мнение высказывала и Т.Г.Квятковская. [134, с.18]

В связи с принятием в Казахстане Закона «О техническом регулировании» многие сферы деятельности должны быть урегулированы общеобязательными стандартами, утвержденными Правительством. В частности, такие стандарты утверждены в области оказания гостиничных

услуг. [185] Что касается, например, медицинских услуг, то в Стратегическом Плане Министерства здравоохранения Республики Казахстан на 2009-2011 годы отмечалось об отсутствии должной стандартизации в сфере оказания медицинских услуг, что негативно отражается на качестве таких услуг. В связи с этим была признана необходимость разработки стандартов оказания медицинской помощи. Однако после принятия в 2009 г. Кодекса Республики Казахстан «О здоровье народа и системе здравоохранения» стандарты были приняты только в сфере аккредитации медицинских организаций и производства лекарственных средств. [186]

Что касается непосредственно оказания различных медицинских услуг, то здесь был утвержден целый блок нормативных правил: Правила оказания паллиативной помощи и сестринского ухода от 2 ноября 2009 г., Правила оказания первичной медико-санитарной помощи и прикрепления граждан к организациям первичной медико-санитарной помощи, Правила оказания стационарной помощи и Правила оказания скорой медицинской помощи и медицинской помощи в форме санитарной авиации от 26 ноября 2009 г. и другие. В связи с этим на практике проблемным является применение статьи 85 КРКоАП, которая предусматривает ответственность за несоблюдение стандартов оказания медицинской помощи, утвержденных уполномоченным органом в области здравоохранения, поскольку стандартов как таковых еще нет. [81]

Одним из условий для злоупотребления доминирующей в договорном правоотношении стороны служит то, что типовые договоры и нормативные правила являются лишь основой, в которую «коммерческая организация» (оферент) может «вплетать» свои, выгодные только ей, условия, хотя и в рамках типовых условий. Примером такому выводу является включение в Казахстане энергоснабжающими организациями в договоры условия о пятикратном размере штрафа за недоиспользование договорного объема электрической или тепловой энергии, которого не было в нормативных актах. Не только в Казахстане, но и в других странах СНГ, в том числе и в России, имеется достаточно много аналогичных примеров.

Типовые договоры как форма права отличаются от примерных договоров тем, что примерные договоры не являются формой права, они имеют рекомендательный, примерный характер. В случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям,

такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота, если они отвечают требованиям, установленным статьями 3 и 382 ГК РК. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия. В качестве примера приводится Модельный контракт на проведение операций по недропользованию. [187]

Еще одной особенностью признания того или иного договора публичным является то, что потребитель, использующий товары, работы или услуги в целях, не связанных с предпринимательскими, в случае нарушения его прав может обратиться дополнительно к нормам законодательства о защите прав потребителей. В том числе наряду с требованием о восстановлении имущественной сферы потребитель вправе предъявить требование о компенсации причиненного ему морального вреда. Как считает М.И.Брагинский, указанная норма не требует подтверждения в специальном законодательстве, с чем мы не согласны. В подтверждение своей позиции ученый приводит решение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ, которая указала на то, что такое требование может быть заявлено пассажиром воздушному транспорту. При этом возражения ответчика, сославшегося на то, что Воздушный кодекс РФ права на возмещение морального вреда не предусматривает, было отвергнуто. [17, с.250] В Казахстане судебная практика не богата такими примерами, в связи с чем нами предлагается внести об этом дополнение в ст. 10 ГК РК, а применение законодательства о защите прав потребителей в публичных договорах с участием потребителей-граждан считать еще одним признаком публичного договора.

Ограничения принципа свободы договора в договорах, отнесенных и относимых к публичным, присутствуют практически на всех стадиях договорного процесса – заключения, исполнения и прекращения, а не только на стадии заключения договора, как считают некоторые авторы. Вместе с тем следует отметить, что присутствуют, следовательно, и элементы свободы договора, причем также на всех стадиях договорного процесса. В частности, в договоре розничной купли-продажи покупатель может реализовать право выбора продавца, в договоре обязательного страхования – право выбора страховщика. Даже если в нормативных правовых актах о публичном договоре условия договора детально регламентированы, тем не менее, остается

«лазейка» в виде формулы «если иное не предусмотрено договором» либо «стороны могут предусмотреть и иные условия, не противоречащие действующему законодательству» и т.д. Именно такой «лазейкой» и пользуется большей частью «лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность» для включения в договор обременительных для потребителя, и, наоборот, выгодных для себя условий. Хотя еще С.А.Муромцев утверждал, что «условия незаконные (*contra legem*) и неэтичные (*contra bonos mores*) не признаются» (действительными), [72, с.175] но в наше время нравственные основы предпринимательской деятельности еще не сложились в правила делового оборота, нет еще своеобразного кодекса чести для «сильной стороны» имущественного правоотношения.

Признаком публичного договора мы предлагаем назвать также обязательность заключения договора для самого потребителя. Законодатель зачастую ограничивает действие принципа свободы договора не только для обязанной стороны, но и для ее контрагента, причем на стадии заключения договора. Так, обязательное заключение договора предусмотрено в сфере страхования гражданско-правовой ответственности множества субъектов гражданского права, в сфере аудиторских услуг, в сфере безвозмездного хранения в гардеробах организаций и т.д. Соответственно, и для исполнителей названных и иных услуг заключение данных договоров является обязательным, с применением в противном случае норм статьи 399 ГК РК о порядке заключения «обязательных» договоров.

В связи с этим мы не согласны с позицией авторов многотомной монографии «Договорное право» о том, что для «коммерческой организации» заключение договора в таких случаях не является обязательным. [151, с.651] Например, крестьянское хозяйство обязано застраховать посевы на основании Закона Республики Казахстан от 10 марта 2004 г. «Об обязательном страховании в растениеводстве». Страховая организация, расположенная в районном центре, имеющая лицензию на оказание именно этого вида страховых услуг, отказала в заключении договора страхования, мотивируя нежеланием нести риски. Для выполнения своей обязанности страхователь вынужден нести дополнительные расходы во времени и в денежных средствах, отправляясь на поиски другого страховщика в другой районный центр или областной центр, но и там не гарантировано заключе-

ние договора. Такое положение недопустимо и поэтому мы полагаем, что для контрагента потребителя заключение такого рода договоров также должно быть обязательным.

Последствием признания договора публичным, то есть подлежащим заключению в обязательном порядке, исходящим из наличия публичного интереса, является право потребителя в случае необоснованного уклонения обязанной стороны от заключения публичного договора потребовать заключения договора в судебном порядке даже тогда, когда вторая сторона возражает (п. 4 ст. 399 ГК РК). Об этом сказано в п. 3 ст. 387 ГК РК: «Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары (работы, услуги) не допускается».

При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 399 настоящего Кодекса.

Статья же 399 ГК РК предусматривает заключение договора в обязательном порядке. Нарушение сроков рассмотрения оферты другой стороной или, соответственно, протокола разногласий стороной, обязанной заключить договор, может повлечь для нее негативные последствия даже в том случае, если судом не будет признан факт необоснованного уклонения от заключения договора. На эту сторону могут быть возложены расходы по государственной пошлине и возмещению убытков, вызванных уклонением от заключения договора, поскольку дело в суде возникло вследствие ее неправильных действий.

Например, особенностью договора энергоснабжения как обязательного договора является то, что в случае направления оферты потребителю энергоснабжающей стороной потребитель может, но не обязан направить ей извещение о принятии оферты в течение 30 дней. То есть это один из редких случаев в гражданском праве, когда молчание потребителя может расцениваться как согласие на заключение договора на предложенных оферентом условиях. Если же потребитель направит в указанный срок протокол разногласий, то у снабжающей стороны возникает не право, а обязанность в течение 30 дней рассмотреть его и принять меры по его урегулированию или в тот же срок передать преддоговорный спор на разрешение суда

(ст. 399 ГК РК), то есть это договор, требующий заключения в обязательном порядке для энергоснабжающей стороны.

Нормы данной статьи нашли достаточно детальное изложение в комментариях к ГК РК (общая часть), [65, с.415] поэтому полагаем излишним повторять их здесь, тем более, что и законодатель сформулировал свою волю достаточно ясно. В связи с этим ученые говорят о преддоговорной ответственности обязанной стороны, которая присуща и публичным договорам. [126, с.12] Г.А.Калашникова считает, что преддоговорная стадия здесь начинается даже не с момента направления оферты, а еще раньше — с момента начала осуществления коммерческой организацией деятельности, характер которой обязывает ее заключать договор с каждым, кто обратится. [136, с.7-8]

Так, покупатель газа обратился в суд с иском о понуждении газоснабжающей организации к заключению договора, так как ему было отказано в заключении договора по мотиву невозможности поставки затребованного покупателем объема газа в связи с сокращением его добычи. Суд не принял во внимание возражения ответчика и понудил его заключить договор. [179, с.98]

Нами обнаружен пример отнесения судом публичным договором, прямо не поименованного законодателем таковым, но относящегося к сфере естественной монополии. В частности, АО «Тургай Петролеум» (нефтедобывающая организация) обратилось в суд с иском о понуждении заключить договор на промышленную переработку нефти ответчиком – крупнейшим специализированным нефтеперерабатывающим заводом в Казахстане. Ответчик, будучи субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, отказывался от заключения договора. Суд обязал ответчика заключить данный договор, Типовой договор по которому утвержден Постановлением Правительства РК 28.11. 2004 г. [179, с.99-100]

Нельзя не отметить то обстоятельство, что требование закона об обязательности заключения публичного договора предъявляется только к «коммерческой организации», но не к потребителю. К сожалению, судебная практика знает и случаи, когда суд обязал абонента заключить договор связи, договор электроснабжения, ссылаясь на публичность договора, [188, с.88] о чем говорят и сами судьи. [189, с.61-65] Так, ТОО «Караганда Пауэр» предъявило иск к абоненту Л. о взыскании долга за горячее отопление и водоснабжение,

иск судом был удовлетворен. Верховный суд РК при рассмотрении жалобы установил, что во время отопительного сезона энергоснабжающая сторона ненадлежащим образом выполняла свои обязанности, в результате чего температура в квартире ответчицы колебалась от 8 до 14 градусов тепла. Ответчица, дважды уведомив истца, отключила отопление в квартире. Верховный суд признал доводы ответчицы обоснованными и признал ее право на отказ от договора в данных условиях. [190, с.667-668]

В. Полякевич считает, что договоры, заключаемые на торгах, рассматриваются в качестве частного случая договоров, заключение которых является обязательным как минимум для одной из сторон. [191, с.23] Кроме того, по мнению Т.В.Лариной, обязательность заключения договора относится не только к публичным договорам, но также и к договорам, заключаемым в порядке выполнения государственного заказа. [142, с.18-19] Однако возникающие в результате проведения торгов и в порядке выполнения госзаказа правоотношения не вовлекают в свою орбиту неограниченное количество управомоченных субъектов. Несмотря на то, что Правительством утвержден Типовой договор о государственных закупках товаров (работ, услуг), [192] это также не означает, что договор о государственных закупках с победителем тендера является публичным договором.

Помимо этого, термин «обязательные» применительно к договорам применяется законодателем для обозначения договорных правоотношений, подлежащих обязательному типовому урегулированию (а это и есть один из признаков публичного договора). В частности, речь идет о договорах обязательного страхования, договорах об обязательном проведении аудита и т.п. Предваряя дальнейшее исследование, можно говорить о том, что такие договоры относятся также и к категории публичных.

Таким образом, проанализировав признаки публичного договора, мы приходим к выводу, что не во всех договорах, даже прямо названных законодателем публичными, присутствуют все отмеченные нами признаки одновременно, о чем говорит и Г.А. Калашникова. На этом основании она считает, что наименование того или иного договора законодателем в качестве публичного можно условно считать еще одним признаком публичности. Причем, если есть этот признак, то наличие остальных признаков, по ее мнению, не требу-

ется. [136, с.16] Мы вынуждены не согласиться с ее мнением, т.к. предлагаемый ею путь самый легкий, но не всегда верный в научном исследовании. Например, договор о депонировании объектов авторского права в Казахстане назван публичным законодателем, но приведенный нами в дальнейшем анализ признаков данного договора показывает, что к таковым его вряд ли можно отнести. Договор розничной купли-продажи, осуществляемый на торговых рынках, не содержит всех подряд основных признаков публичного договора, закрепленных законодателем.

Тем не менее, поименованность договора публичным в законодательном акте можно отнести к признаку публичного договора. Такой осторожный подход объясняется тем, что в настоящее время, по нашему мнению, значительная масса договорных конструкций, имеющих практически все признаки публичного договора, не поименована законодателем таковыми. Для того, чтобы законодатель «созрел» для введения в законодательные акты норм о публичности того или иного договора, требуется определенное время, которое для разных договоров будет разным, во всяком случае, неопределенным. Но это не означает, что столь неопределенное время права слабой стороны договора должны быть нарушаемы. М.И.Брагинский М.И. применительно к ст.426 ГК РФ верно отмечает, что «поименование договора определенного типа, вида и подвида публичным не является обязательным условием применения данной статьи». [17, с.251]. Обозначение же определенного договора публичным может производиться как в ГК, так и в специальных законах, посвященных регулированию определенных общественных отношений.

На наш взгляд, в сложившейся на сегодня ситуации в первую очередь судебная практика должна апробировать непоименованные законодателем публичные договоры путем квалификации их как публичных, юридическая наука – исследовать судебную и хозяйственную практику, сделать обобщения, выводы, и только после этого можно вносить в законодательные акты дополнения о публичности того или иного договора.

Вместе с тем мы согласны с Г.А.Калашниковой, что первым признаком публичного договора (который она называет «основным») является все-таки публичный характер деятельности стороны, названной законодателем «коммерческой организацией». Из публич-

ного характера деятельности вытекают: обязанность осуществлять ее в отношении «каждого, кто обратится»; запрет отказа в заключении договора; право потребителя к понуждению заключения договора на равных условиях с другими потребителями.

Вторым признаком мы считаем наличие публичной оферты, которая может выражаться как письменно, так и устно, в том числе в виде конклюдентных действий, вытекает из предмета деятельности обязанной стороны, ее уставных целей, и обращена к «каждому, кто обратится».

Третий признак – это особенность субъектного состава участников, которая заключается в необходимости распространительного толкования содержания используемых законодателем обозначений «коммерческая организация» и «потребитель»: обязанной стороной публичного договора может быть лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью систематически, профессионально, в том числе некоммерческая организация, имеющая право в рамках уставной деятельности заниматься предпринимательской деятельностью.

Потребителем в публичном договоре могут быть любые юридические и физические лица с учетом степени их дееспособности, без ограничения целью использования результатов деятельности «коммерческой организации», причем круг потребителей является неограниченным.

Четвертым из признаков является заключение публичного договора способом присоединения к условиям, предложенным «коммерческой организацией».

Следующий признак состоит в том, что договор заключается по одинаковой для всех потребителей цене, за исключением случаев предоставления льгот определенным категориям потребителей законодательством или самой «коммерческой организацией».

Наряду с этим, мы полагаем наличие иных признаков, свидетельствующих о публичности договора:

- издание Правительством типовых договоров, правил, детально регламентирующих права и обязанности сторон;

- применение законодательства о защите прав потребителей в случаях, когда товары, работы и услуги приобретаются в потребительских целях;

- обязательность заключения договора для самих потребителей.

Причем данный признак должен учитываться лишь в совокупности с количественной характеристикой потребителей, обозначаемой как «неограниченный круг лиц». Поэтому основной договор, подлежащий заключению, например, на основе предварительного договора, хотя и является «обязательным», не может быть отнесен к публичным, поскольку отсутствует признак многократной повторяемости такого договорного правоотношения в отношении неограниченного круга потребителей.

Для квалификации договора в качестве публичного, по нашему мнению, одновременное присутствие первых пяти признаков в конкретном договорном правоотношении является обязательным. Иные же признаки могут присутствовать не в каждом договорном правоотношении, имеющем публичный характер. Например, не все отношения урегулированы нормативными Типовыми договорами или Правилами, не все договоры обязательны для заключения потребителями, не для всех договоров применимо законодательство о защите прав потребителей.

Анализ показал наличие разных мнений по поводу отнесения или неотнесения того или иного договора к публичным договорам. Причиной этого, на наш взгляд, является оценочный характер самого термина и конструкция легального определения данного договора. Ст. 387 ГК сконструирована нетипичным для законодательной техники способом – отсутствием всех квалифицирующих признаков и путем бессистемного перечисления лишь некоторых сфер действия публичных договоров. Законодатель не смог с полной формальной определенностью поместить в ней квалифицирующие признаки договора, а поместить в одной статье огромный массив договорных правоотношений, имеющих признаки публичного договора, практически невозможно. Поэтому несомненно, что круг публичных договоров подлежит распространительному толкованию и в дальнейшем мы попытаемся обосновать данный тезис.

Из остальных характеристик договора-сделки публичные договоры могут быть как двусторонними, консенсуальными (розничная купля-продажа, прокат, бытовой подряд), так и односторонними, реальными (хранение); как срочными (прокат, перевозка), так и бессрочными (розничная купля-продажа, энергоснабжение), и т.д. Но для характеристики договора как публичного не имеет значения ре-

альность или консенсуальность договора, условность или безусловность и другие признаки.

Форма публичного договора может быть устной или письменной.

На основании проведенных в данной работе исследований одним из выводов является предложение о внесении изменений и дополнений в ст. 387 ГК РК в части наименования обязанной стороны публичного договора, исключения слова «закключаемый» (договор), исключения отрывочного перечисления некоторых договорных сфер и применение конструкции «...и т.д.». Говоря о дефиниции публичного договора, следует отразить ее особенность, оригинальность, заключающуюся в том, что она не содержит конкретных прав и обязанностей противоположных сторон как в стандартном обязательственном правоотношении. Дефиниция отражает только первую стадию – стадию заключения договора и часть стадии исполнения (по одинаковой цене и на одинаковых условиях).

Предлагаемая нами редакция первых двух пунктов ст. 387 ГК РК выглядит следующим образом:

«1. Публичным договором признается договор, *устанавливающий обязанность лица, занимающегося предпринимательской деятельностью, в силу публичного характера своей деятельности осуществлять продажу товаров, выполнение работ или оказание услуг в отношении каждого, кто к нему обратится.*

Лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью, имеющей публичный характер, не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством.

2. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством *или самим продавцом, услугодателем, подрядчиком* допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей».

Пункт 3 ст. 387 ГК РК дополнить абзацем третьим следующего содержания: «*В случаях приобретения потребителями товаров, работ или услуг в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью, дополнительно применяется законодательство о защите прав потребителей*».

Тем самым публичный договор как институт гражданского права является относительно новым правовым явлением, легальное определение которого обладает существенными недостатками, а правоприменительная деятельность не выработала четкие критерии отнесения того или иного договора к числу публичных. Наукой гражданского права также не выработаны единые подходы к понятию и признакам публичного договора.

1.4 Публичный договор и договор присоединения

В зависимости от способа заключения в современном договорном праве романо-германской правовой системы различают взаимосогласованные договоры и договоры присоединения. Условия взаимосогласованного договора определяются всеми участвующими в нем сторонами, условия же договора присоединения не предполагают взаимного согласования их содержания сторонами.

В XIX веке основной идеей права была трактовка договора как соединения двух свободных волей, как символа либерализма, индивидуализма. В частности, Гражданское уложение Германии (далее - ГГУ) в его первоначальном варианте было пронизано именно таким духом. Как говорит профессор В. Бергманн, в конце XIX века в Германии большую часть граждан составляли коммерсанты, ремесленники, служащие, крестьяне, то есть средний класс, так называемые бюргеры, на которых и было рассчитано Гражданское уложение. [193, с.Х] Однако разнообразные изменения общества за почти столетний период потребовали приспособления ГГУ к изменившимся ценностям и социальному строю, что повлекло включение в него как общих (стандартных) условий сделок, так и иных многочисленных норм о защите прав присоединившейся стороны.

Появление формы договоров присоединения повлияло на изменение принципа свободы договора в его традиционном понимании. Исторически первыми стали применять такие договоры страховые компании, железные дороги, банки, то есть договор присоединения исторически возник в монопольной среде, да и сейчас данная сфера оказывает определенное воздействие на особенности правового регулирования имущественных отношений в государстве. Причем использование в договорах стандартных условий, заранее разработанных

ных одной из сторон, получает все большее распространение не только в монопольной, но и в конкурентной сфере.

Первое определение договора присоединения приписывается французскому ученому Салейллю, который охарактеризовал договор присоединения как диктование своей воли не одному контрагенту, а неопределенной общности людей, обусловленное не только экономическим, но и социально доминирующим положением субъекта. Договор как бы «диктуется» (немецкое –dictierten), позволяет доминирующей стороне диктовать условия широкому кругу юридических и физических лиц.

В Казахстане договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах, и могут быть приняты не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (п. 1 ст.389 ГК РК).

В силу необходимости воспроизведения текста публичных договоров для большого количества участников-потребителей (клиентов, абонентов, покупателей, заказчиков) в современных условиях offerent вынужден руководствоваться наиболее экономичным способом оформления договорных отношений – составлением заранее типизированных, унифицированных текстов и предложением их потребителям для целей присоединения их к такому договору. Формуляры и иные стандартные формы, называемые законодателем в пункте первом ст.389 ГК РК, по нашему мнению, подразумевают именно такие договорные формы. Причем в одном варианте типизация договорных форм производится в виде полного текста договора со всеми его реквизитами (например, в сфере энергоснабжения), а другом варианте типизация выражается в виде бланка, в котором вписываются индивидуализирующие потребителя признаки (перевозочные документы); в третьем варианте потребителю выдается чек или квитанция в подтверждение заключения договора. Законодатель не дает понятия или иных характеристик формуляра и стандартных форм договоров, но другого их значения и не предвидится.

В странах СНГ ни в одном нормативно-правом акте не говорится о том, кто из будущих участников договора может или должен разработать условия договора. Хозяйственная практика выработала положение, по которому проект договора (письменная offerта) разрабатывается стороной, на которой лежит бремя исполнения основ-

ной обязанности по договору, отсюда у оферента появляется и возможность включения так называемых злоупотребительных условий. В сфере деятельности монополий присоединяющаяся сторона не имеет возможности выбора из-за отсутствия альтернативы, имеет место неравенство даже переговорных возможностей. Поэтому автономия воли и свобода договора здесь превращаются в фикцию.

Форма договора присоединения дает преимущества создавшей его стороне, позволяет ей использовать во благо себе текст договора, переложить с себя все возможные неблагоприятные последствия и риски на присоединяющуюся сторону.

В Казахстане среди трудов научного и учебного характера вопросы о договорах присоединения и публичных договорах в определенной мере освещены в соответствующих разделах учебников по гражданскому праву и в комментариях к Гражданскому кодексу о соответствующих институтах. Полагаем, что этого явно недостаточно, данные виды договоров в силу их воздействия на все общество подлежат глубокой и всесторонней научной разработке и апробации таких разработок на практике, так как количество применяемых на практике договоров данных групп растет буквально с каждым днем.

По состоянию на 2010 г. в научной литературе и практике уже сформировалось мнение, что публичный договор и договор присоединения имеют много общих черт, но они рассматриваются чаще как самостоятельные договорные категории (А.В.Цыпленкова, Г.Л.Нуртаева и другие). О том, что договор присоединения – это лишь внешняя форма, а не самостоятельный вид договора, что это лишь свойство определенных договоров, рассчитанных на массовое применение в названных работах мы не нашли.

Вместе с тем в последнее время в науке гражданского права появился термин «публичный договор присоединения», [194, с.161-165] что свидетельствует о тесной связи рассматриваемых двух новых для нашего законодательства видов в классификации договоров. По мнению М.И.Брагинского и других авторов, публичные договоры и договоры присоединения имеют много общего и могут рассматриваться как однопорядковые явления. В частности, нам представляется, что договор энергоснабжения содержит в себе и признаки публичности, и заключается в форме договора присоединения. Такой же характер имеют договоры перевозки общественным транспор-

том, договоры розничной купли-продажи, осуществляемые специализированными предприятиями розничной торговли; договоры об оказании услуг связи и т.д.

Поэтому мы не согласны с мнениями тех ученых, которые считают договор присоединения отдельным типом гражданско-правового договора наряду с публичным договором. Для выделения договора присоединения в самостоятельный тип видовой принадлежности нет ни критерия существа возникших из него обязательств, как это имеет место при дифференциации договорных обязательств на отдельные виды договоров; ни критерия характера деятельности одной из сторон (как в публичном договоре), а берется лишь способ заключения договора.

В договоре присоединения нет специфичных предмета, объекта, содержания и т.п. характеристик, отличающих его от иных договорных типов. Это универсальная форма, удобная для тиражирования многочисленных однотипных договоров, позволяющая сторонам экономить время на стадии заключения договора. Перечень (примерный) публичных договоров тоже можно составить, а перечня договоров присоединения нет. «Путем присоединения», «способом присоединения» - это путь, способ. Публичный договор можно «разобрать» по элементам: стороны, предмет, объект, содержание, ответственность сторон, а договор присоединения такому самостоятельному анализу не может быть подвергнут.

Публичный договор и договор присоединения нельзя противопоставлять, они неразрывно связаны. И договор присоединения, и публичный договор действуют в потребительской сфере, которая рассчитана на массовое применение однотипных договоров, поэтому используется стандартная форма. Субъекты те же самые: «потребителями» в обоих видах могут быть и физические, и юридические лица, «коммерческие организации» выступают в качестве сильной стороны, поэтому оба договора законодателем выделяются в целях защиты более слабой стороны. Форма договора присоединения характеризует тот тип договора, который заключен способом присоединения, а не сам абстрактный договор присоединения. Например, договор поставки подлежит заключению в обязательной простой письменной форме и если поставщик для всех своих покупателей предусмотрел один и тот же стандартный письменный текст, то он

так и остается договором поставки, но в форме договора присоединения. Договор перевозки пассажира общественным транспортом в населенном пункте заключается в устной форме, подтверждением заключения договора является билет, выдаваемый пассажиру. При этом перевозчику не требуется составлять текст договора такой перевозки, его стандартные условия закреплены в законодательстве, а именно в Правилах перевозки пассажиров соответствующим видом транспорта.

В литературе встречается мнение о том, что основным признак договоров присоединения заключается не в использовании стандартной формы, а в особом порядке заключения – путем присоединения. На самом деле у договора присоединения нет никаких признаков, он и сам не является признаком тех или иных договоров, это лишь способ заключения, например, договора розничной купли-продажи, перевозки, и т.д. А у публичных договоров имеется как минимум пять обязательных признаков.

Заключение договоров путем присоединения должно носить не общий, а исключительный характер, но на практике получается наоборот. Объяснение такому положению видится в интенсификации имущественных правоотношений, вовлечении в гражданский оборот все большего количества субъектов, в большей степени реализации свободы предпринимательской деятельности и, конечно же, техническими возможностями тиражирования однотипных форм сделок, направленных на индивидуальное регулирование бесчисленного количества ежедневных повторяющихся правоотношений.

По нашему убеждению, договор присоединения – это не какой-либо самостоятельный договор видовой принадлежности и даже не свойство договора, как публичный договор. Полагаем, что договор присоединения – это способ, с помощью которого заключаются договоры, направленные на огромную массу участников, когда в целях экономичности процедуры заключения договора разрабатываются стандартные формы и формуляры в виде типовых договоров, правил и иных типизированных форм. О том, что договор присоединения – это способ заключения договора, говорят и видные цивилисты. [195, с.93] Для справедливости следует признать, что не только публичные договоры, но и иные, «свободные», договоры могут заключаться способом присоединения, например, договор поставки, когда у постав-

щика имеется много покупателей. В тех же целях унификации договорной работы поставщик разрабатывает типизированную форму договора поставки и рассылает ее всем потенциальным покупателям.

Другой пример «свободного» договора, заключаемого способом присоединения: статья 19 Закона Республики Казахстан «Об инвестиционных фондах» предусматривает, что договор доверительного управления паевым инвестиционным фондом является договором присоединения, условия которого определяются управляющей компанией в правилах паевого инвестиционного фонда. Условия договора доверительного управления паевым инвестиционным фондом могут быть приняты держателем пая фонда только посредством присоединения к указанному договору в целом». [196]

Но в большинстве случаев форма присоединения применяется все-таки в сфере действия публичного договора. То есть составление оферентом текста договора в форме присоединения или присоединение потребителя путем совершения конклюдентных действий к заранее ему известным условиям «коммерческой организации» является одним из основных признаков публичного договора, способом его заключения. «Коммерческая организация», как доминирующий субъект публичного договора, все больше стремится подчинить более слабую сторону своим типовым, стандартным положениям, навязать ей выгодные для себя условия договора.

Если мы признаем договор присоединения способом заключения публичного договора, то право требовать изменения договора при наличии явно обременительных условий должно быть установлено и для публичных договоров.

В науке гражданского права одним из спорных на сегодня моментов является вопрос о приоритете норм статей 387 и 389 ГК РК при их конкуренции. С.Н.Костикова указывает, что: «возникают ситуации, когда заключенный публичный договор попадает одновременно под действие двух статей (ст.426 Г'К РФ и ст.428 ГК РФ). При этом приоритетными остаются нормы ст.426 ГК РФ, а нормы ст.428 ГК РФ выступают только в части способа заключения публичного договора». [126, с.122-123] Р.Тельгарин полагает, что в случае многократного повторения приоритет должен быть отдан нормам о публичном договоре. [79, с.87] Аналогичной практики поддерживается и ВАС РФ. [197] М.И.Брагинский при конкуренции норм о публич-

ном договоре и договоре присоединения предлагает предоставить право выбора потерпевшей стороне. [17, с.262]

Однако если рассматривать договор присоединения как способ заключения публичного договора, то не возникает никаких вопросов о конкуренции двух статей, однозначно приоритет будет отдан статье 387 ГК РК. К тому же, как отмечает Г.А.Калашникова, нормы о публичном договоре и договоре присоединения регулируют в том числе и порядок заключения договора, но они регулируют это в разных плоскостях и поэтому не конкурируют друг с другом, а одновременное применение ст.426 и ст.428 ГК РФ только усилит защиту потребителя в конкретном правоотношении. [136]

Присоединяющаяся к публичному договору сторона имеет право в случае несогласия со стандартными условиями, не закрепленными в императивных нормах о данном виде договора, обжаловать такие условия в судебном порядке. И не только при наличии явно обременительных условий, но и в других случаях, не выгодных присоединяющейся стороне. То есть заключение договора энергоснабжения или иного публичного договора не лишает потребителя права на предъявление преддоговорного иска в случае несогласия с офертой.

Как отмечено нами, в форме договора присоединения в принципе может заключаться не только публичный договор, но и такой «свободный» договор, как например, договор поставки. Несмотря на то, что условия его должны быть взаимосогласованными сторонами, на практике, поскольку форма договора предусмотрена обязательная письменная, проект договора составляется поставщиком, то есть доминирующей в данном «свободном» по сути правоотношении. Исходя из той же многолетней практики, свидетельствуем, что в подавляющем большинстве случаев оферент-поставщик из стран СНГ (в том числе отечественный) вынуждает покупателя принять его предложение полностью и безоговорочно, то есть совершить акцепт. Малейшее отступление потенциального покупателя от условий оферты рассматривается как нечто из ряда вон выходящее, а составление протокола разногласий – как личное оскорбление поставщика со всеми вытекающими из этого последствиями. Поэтому поневоле многие договоры поставки облечены в форму присоединения к варианту, разработанному самим поставщиком. Однако не найдется практически ни одного случая, в котором покупатель про-

сил бы суд о расторжении договора поставки, потому что такой договор присоединения «хотя и не противоречит законодательству, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора». То есть со времени вступления в силу Общей части Гражданского кодекса РК, который ввел понятие договора присоединения, со ссылкой на п.2 ст.389 ГК РК практически не возбужден ни один иск о преддоговорном споре. Все имеющиеся преддоговорные споры обосновываются общими требованиями о несогласии с условиями оферты, но не в связи с тем, что оферта предложена в форме присоединения, без участия в согласовании условий договора второй стороны.

В казахстанской юридической литературе также говорится, что: «Многие публичные договоры выступают одновременно и договорами присоединения. Например, ателье проката, заключая договор проката, выступает стороной в публичном договоре. В то же время при заключении договора ателье проката представляет клиенту бланк договора, в котором перечислены условия договора. Клиенту остается подписать договор, ничего к нему не добавляя. Но если клиент захочет внести изменения, договор превращается в обычный». [148, с.689]

Но от этого договор проката не перестает быть публичным. В настоящее время в Казахстане отсутствует Типовой договор проката, что подтверждает нашу точку зрения, что форма договора присоединения для публичных договоров может разрабатываться не обязательно путем издания Типовых договоров, она может разрабатываться и самой доминирующей стороной. Поэтому утверждение Правительством РК Типового договора мы отнесли к признакам публичного договора. То есть важные правовые последствия влечет не способ заключения договора путем присоединения, а свойство публичности договора.

Проблемы в теории и практике применения норм о соотношении публичных договоров и договоров присоединения возникают в связи со следующими обстоятельствами. Дело в том, что название «дого-

вор присоединения» произошло в связи с делением признаков договоров на виды по основанию наличия или отсутствия согласования воли участников. По этому признаку выделяются взаимосогласованные договоры и договоры присоединения. Но никому не придет в голову разбирать «по косточкам» такой вид, как взаимосогласованные договоры безотносительно к конкретным договорным конструкциям, поскольку содержательного значения он не имеет, как и договор присоединения, а свидетельствует только о том, присутствовала возможность сторон выразить свою волю при заключении договора, или нет; получил воплощение принцип свободы договора или имело место ограничение данного принципа на стадии заключения договора.

Если законодатель включил данный способ заключения договора в системообразующий нормативный правовой акт, то это вовсе не означает, что существует такой самостоятельный договорный тип. Мы полагаем, что законодатель в данном случае, позаимствовав два сходных договорных типа из англо-саксонской и романо-германской систем права, но назвав их разными именами, поместил в разные статьи одного и того же законодательного акта. «Принудительный» договор в Великобритании, поименованный Салейллем договор «присоединения», «продиктованный» договор в Германии – это договор, который регулирует одни и те же правоотношения, основанные на ограничении свободы договора и требующие большей степени защиты прав слабой стороны. Фактически это «стороны одной медали», поскольку и в том, и в другом случае регулируется сходный круг правоотношений, нормы о которых, на наш взгляд, и текстуально могли бы быть объединены в одной статье. Думается, перед нами как раз случай неудачного симбиоза конструкций континентального и англо-американского права, нередко используемого законодателем в последние годы. [132, с.52-53]

Мы не являемся первооткрывателями случая неудачного перевода в юриспруденции. Так, о неверном переводе и толковании иностранных терминов в юридической науке говорится в отношении фирменного наименования и коммерческого обозначения. А.Л.Маковский, являвшийся одним из разработчиков части четвертой ГК РФ, утверждает, что фактически в Парижской Конвенции речь идет о коммерческом обозначении, но оно переведено на русский язык как фирменное наименование. [198, с.11-12]

В качестве иных примеров неправильного применения законодателем правовых конструкций англо-саксонской правовой семьи можно привести договор доверительного управления, который никак не соответствует истинной природе английского траста; акционерное общество с одним учредителем, тогда как слово «общество» в русском и казахском языках изначально подразумевает как минимум двух участников, и т.д. Подтверждение нашим мыслям мы нашли у Е.А.Суханова, который тоже говорит о неудачной попытке введения, например, траста в российский правопорядок, которая, по его мнению, явилась результатом чрезмерного увлечения юристов политэкономическими исследованиями. Вещно-правовой институт траста нами используется как институт обязательственного права. [199, с.86-87] О некритическом заимствовании институтов англо-саксонской правовой семьи говорит и Н.Я.Соколов. [200, с.6] В начале 90-х годов мы рьяно использовали термин «государственные акционерные общества», создавали юридические лица в форме консорциумов и т.д. В юридической практике (и не только) вместо «непреодолимой силы» применяется термин «форс-мажорные обстоятельства». А.Г.Диденко предостерегает о недопустимости применять термин *consideration* вместо «возмездный» договор. [230, с.663-664] Осознание недолжного, неправильного применения новых терминов в масштабах всего государства приходит со временем. В связи с этим мы уверены, что время расставит все по своим местам, но в настоящее время приходится пока еще с трудом преодолевать стереотипы мышления и уверования в адекватность применения иностранных терминов, бесспорность внешнего выражения воли законодателя или правильность практики ее применения.

К.Чернышев считает, что целесообразность выделения в качестве различных видов обязательств публичного договора и договора присоединения вызывает сомнения. [184] С.Н.Костикова также отмечает, что в основе обоих договоров лежит формулярное право европейских государств. [181, с.22-23]

Законодатели стран СНГ назвали его публичным договором, и этого было бы достаточно. Но даже если оставить ст. 389 в Гражданском кодексе, то она не должна конкурировать со ст. 387, а обе статьи должны взаимно дополнять друг друга. Проведенный анализ показал значительное количество сходства между ними, а приводит-

мые в литературе различия, на наш взгляд, являются следствием некорректности формулировок законодателя и попытками науки на этой основе объяснить предполагаемую волю законодателя.

Теме договора присоединения была посвящена кандидатская диссертация А.В.Цыпленковой «Договор присоединения как особая категория гражданского права». В ней автор, на наш взгляд, рассматривает договор присоединения слишком узко, не подвергая критике законодательную конструкцию данного договора. В основном ее исследование основывается на трудах авторов стран дальнего зарубежья и анализе законодательства тех стран. Нами же установлено, что в законодательстве стран дальнего зарубежья отсутствует термин «публичный договор», он практически подменяется терминами, по смыслу подходящими к «договору присоединения». Анализ содержания зарубежных «принудительных», «продиктованных» договоров свидетельствует о том, что они применяются именно к тем договорным отношениям, которые нашим законодателем названы «публичным» договором. В работе А.В.Цыпленковой в качестве примеров договоров присоединения называются договоры энергоснабжения, перевозки, розничной торговли и т.п., которые отнесены казахстанским и российским законодателями именно к категории публичных договоров. [76] Это еще раз подтверждает наше мнение о необходимости расширения правил пункта 2 ст. 389 ГК РК на публичные договоры.

Договор может быть квалифицирован как договор присоединения только в случае, если его условия изложены в формулярах или иных стандартных формах. Следовательно, любой договор, в том числе и публичный договор, заключенный путем присоединения потребителя к формуляру, является договором присоединения. А издание Правительством форм Типовых договоров является одновременно одним из случаев выработки общеобязательных стандартных условий, что и представляет собой способ присоединения потребителей к заранее выработанным и заранее определенным условиям публичного договора.

А.В.Цыпленкова также отмечает, что возможны ситуации, когда условия стандартного договора излагаются в законе или ином нормативно-правовом акте. [76, с.8, 92] В настоящее время только в сфере естественной монополии Правительством РК утверждено почти два десятка типовых договоров, то есть законодательством установлена

форма присоединения к заранее разработанным в нормативном порядке условиям. [201] В связи с этим позволим себе выразить категорическое несогласие с позицией Н.И.Клейн, которая утверждает, что в сферах экономики, в которых отсутствует конкуренция, договор присоединения не должен применяться. [154, с.31]

В науке гражданского права существуют различные мнения по поводу определения формуляра и стандартной формы. Высказывается мнение, что так называемый типовой договор не является ни формуляром, ни стандартным договором. В Большом юридическом словаре под формуляром «имеется в виду типовой договор в торговом обороте, который вырабатывается заранее и предлагается контрагенту для подписания. Контрагент не имеет возможности ни изменять, ни даже обсуждать предлагаемые условия. В законодательстве именуется договором присоединения». [202] Словарь иностранных слов и выражений под формуляром подразумевает тоже типовой договор. [203, с.516] В Толковом словаре русского языка «типовой» означает являющийся образцом, типом, стандартом для ряда явлений.

В обоснование своей точки зрения, что форма договора присоединения в основном используется для заключения публичных договоров, отметим, что основная масса публичных договоров не оформляется путем составления одного документа и подписания его сторонами, как, например, в публичном договоре энергоснабжения. Так, не составляются путем подписания сторонами одного документа с полным набором реквизитов под названиями «Договор перевозки груза», «Договор перевозки груза железнодорожным транспортом с применением контейнера», «Договор бытового заказа на пошив платья», «Договор розничной купли-продажи бензина для заправки автомобиля», «Договор оказания услуг общественного питания» и т.д.

Вместо этого названные выше и многие иные публичные договоры оформляются либо путем заполнения и подписания одной или обеими сторонами договорного правоотношения (как правило – одной стороной) стандартной формы, установленной в нормативном порядке или составленной самим оферентом, либо путем совершения потребителем конклюдентных действий или произнесения слов. Так, стандартные формы договоров перевозки грузов железнодорожным транспортом утверждены Приказом Министра транспорта и коммуникаций РК №429-1 от 23.11.2004 г. (формы ГУ-27, ГУ-29); формы

договоров перевозки груза автомобильным транспортом, договора перевозки пассажиров, багажа и грузов морским транспортом – приказами №478-1 от 22.12.2004 г. и от 6.07.2004 г. № 265-1 и т.д.

В соответствии Правилами перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях РК *«билет является именным договорным документом, удостоверяющим заключение договора и условия воздушной перевозки пассажира. Пассажир допускается к перевозке только при наличии у него действительного билета, должным образом оформленного и выданного Перевозчиком или его агентом»*.

Форма договора перевозки багажа регламентирована п.44 комментируемых Правил: *«Во время приема багажа к перевозке Перевозчик указывает в билете количество мест и массу зарегистрированного багажа, что считается выдачей багажной квитанции пассажиру. Кроме того, Перевозчик выдает пассажиру отрывной талон багажной номерной бирки»*.

Форма же договора перевозки груза воздушным транспортом закреплена в пунктах 96 и 97 Правил, в соответствии с которыми *грузовая накладная* является документом, удостоверяющим заключение договора воздушной перевозки груза между Перевозчиком и отправителем, условия перевозки и принятие груза Перевозчиком. *«Условия договора, содержащиеся в грузовой накладной, представляют собой краткое изложение основных положений настоящих Правил. Грузовая накладная составляется и подписывается отправителем и вручается Перевозчику вместе с грузом»*.

На примере еще одного публичного договора – хранения на товарном складе – приведем иные примеры, которые следует понимать как заключение публичного договора способом присоединения к стандартной форме или формуляру, предлагаемому хранителем. В частности, это ст. 797 ГК РК *«Складские документы»*, на основании которой товарные склады могут выдавать в подтверждение принятия товаров на хранение такие складские документы, как простое складское свидетельство и двойное складское свидетельство. Более того, в случаях, предусмотренных законодательными актами РК, товарные склады обязаны выдавать такие свидетельства в подтверждение принятия на хранение товаров с обезличением. Причем складские свидетельства являются ценными бумагами. Тем самым

и здесь не составляется один документ с названием «Договор хранения» и всеми реквизитами договора.

Заключение договора оказания почтовых услуг также не составляется в виде одного документа с наименованием договора, подписанного обеими сторонами, вместо этого в случаях отправления заказных или ценных почтовых отправлений выдается квитанция, а в случае отправления простых почтовых отправлений никакого документа не выдается. Однако это не означает, что публичный договор оказания услуг почтовой связи не заключен, и что у сторон не возникают соответствующие права и обязанности. В случае спора правоприменитель будет руководствоваться Законом и Правилами в данной сфере.

Трудно себе представить, что, приобретая ежедневно в розничной торговой сети продукты питания, мы облачаем заключение данного договора в письменную форму. Тем не менее, мы их заключаем и исполняем, из этого и складывается ежедневный гражданский оборот, хотя и на бытовом уровне. Но отсутствие текстуального оформления данного правоотношения документом с наименованием «Договор розничной купли-продажи» также не влечет его непризнания правом.

На примере договора бытового подряда можно показать, что условия договора излагаются на бланке квитанции, в котором указывается наименование сторон, предмет договора, срок исполнения, цена. Договор перевозки пассажира железнодорожным, воздушным транспортом излагается на бланке с более подробной информацией; договор хранения в ломбарде – в именной квитанции.

Стандартные условия излагаются не обязательно в письменном тексте индивидуального договора. Например, на вокзалах вывешиваются правила перевозки пассажиров. Пассажир заведомо знает об этих стандартных условиях и заключает договор перевозки, покупая билет, то есть, присоединяясь к стандартным условиям перевозки. И это публичный договор.

Правила страхования признаются в литературе стандартными условиями, они утверждаются уполномоченным органом и должны быть приложены к полису, который представляет собой форму договора присоединения.

Оказание услуг общественного питания в ресторанах, кафе, столовых осуществляется путем сочетания и письменной, и устной оферты. Так, размещение названных организаций в специально обо-

рудованных помещениях, наличие вывесок о характере заведения, приглашение занять определенный стол – все это выражение устной формы оферты. А вот предъявление клиентам меню или вывешивание его на специальном месте с обязательным указанием цен должно расцениваться как письменная оферта. Кстати, Закон РК «О торговой деятельности» называет услуги общественного питания разновидностью договора розничной купли-продажи, с чем мы категорически не согласны.

Г.Л.Нуртаева, рассматривая вопрос о стандартных формах договора присоединения, приходит к выводу, что требуется модификация сложившихся правовых подходов к форме договора и дальнейшее совершенствование в этой части положений гражданского законодательства. [40, с.99] То есть она выражает сходное мнение о необходимости признания факта заключения договора, требующего письменной формы, не обязательно путем составления и подписания сторонами одного документа с названием «Договор ...», а иными, более рациональными, экономичными способами, соответствующими природе современных экономических отношений.

Противоположная точка зрения была высказана Ж.А.Бисимбаевой в отношении железнодорожной перевозки грузов, в соответствии с которой она рассматривает железнодорожную накладную не как форму договора, а как документ, имеющий доказательственное значение о подтверждении заключения договора перевозки. [204, с.22] Аналогичное мнение выражают и некоторые другие ученые. Нам представляется, что железнодорожная накладная, билет, грузовая накладная, товарно-транспортная накладная и т.п. имеют не только доказательственное значение, но также и правообразующее и легитимирующее значение. Поскольку форма договоров перевозки грузов предусмотрена обязательная письменная, то единственным выражением такой формы являются названные выше документы, так как единого документа с названием «Договор перевозки груза», «Договор перевозки пассажира» и т.д. не предусмотрено. Именно названные документы исследуются судом при разрешении споров по перевозкам, а не мифический документ с названием «договор».

Тем самым публичные договоры в форме присоединения выражаются путем заполнения бланков квитанций, накладных, коносаментов, складских свидетельств, полисов, билетов, грузовых наклад-

ных, страховых полисов, товарно-транспортных накладных, счетов в кафе и ресторане – это далеко не полный перечень внешних форм выражения договора присоединения. В них должны быть указаны хотя бы все существенные условия, иначе это не договор присоединения, а только доказательство заключения договора. Если же текст стандартных условий не помещается на бланках, то в них должны быть ссылки на правила или иные стандартные условия.

Мы полагаем, что в любом договоре, заключенном в форме присоединения, выделяются две стороны. Одна – позитивная, направленная на рационализацию и упрощение организации договорной деятельности с многочисленными клиентами. Вторая – негативная, направленная на закрепление преимуществ доминирующей стороны, офферента, и на получение им необоснованных выгод и преимуществ.

Негативное отношение к форме присоединения должно быть в случаях, когда в содержании имеются обременительные условия или условия, выгодные только составившей текст стороне. А в целом – это позитивное явление, направленное на обеспечение экономичности гражданских правоотношений. Типизация, унификация, стандартизация являются неперенным атрибутом технической революции в обществе.

Многие исследователи признают, что в договоре присоединения мы не имеем возможности выбирать услуги других исполнителей, так как условия договоров практически у всех одинаковые. Как отмечает М.И. Брагинский, договор присоединения по своей природе относится к тем договорным конструкциям, правовое регулирование которых основано не на их защите, а на настороженном отношении к ним законодателя, она направлены на практику аномальную, противоречащую основополагающим принципам гражданского права. Аномальный характер соответствующих договоров применительно к их содержанию он видит в сохранении лишь внешней формы соглашения, поскольку подлинно свободной в этом случае является воля лишь одной из сторон – той, которая прибегает для заключения договора к формуляру. [17, с.259]

Но этот же признак характерен и для публичных договоров. Это либо монополисты, либо многочисленные организации, которые в условиях конкуренции между ними должны бороться за клиентов и предлагать более выгодные условия по сравнению с другими таки-

ми же услугодателями. Однако все указанные субъекты, как правило, являющиеся предпринимателями, принуждают клиентов заключать договоры, в которых условия составлены ими самими заранее, либо пролоббированы ими и только в своих интересах. Присоединившаяся к договору сторона должна присоединиться к его условиям в целом или не заключать договор вообще. Тем самым на практике мы сталкиваемся в основном с тем, что публичный договор в форме присоединения не защищает, а нарушает права слабой стороны договора.

Мы уже говорили, что «коммерческая организация» как сторона в публичном договоре имеет экономическое преимущество. Добавим, что она имеет и интеллектуальное преимущество. Например, банки, страховые организации, аудиторские фирмы, профессиональные хранители, являясь профессиональными предпринимателями, имеют подготовленных сотрудников, которые используют весь накопленный многолетний опыт и составляют только им выгодные тексты стандартных договоров, даже если они закреплены в форме типовых договоров. Как отмечалось нами, действие принципа свободы в публичном договоре не исключается вовсе, а ограничивается, поэтому доминирующая сторона дополнительно к типовым условиям обычно включает и свои, выгодные только для себя условия. При этом оказывается, что из-за отсутствия прямого законодательного запрещения наиболее невыгодные для клиентов условия печатаются мельчайшим шрифтом, либо на оборотной стороне стандартного документа, либо на такие условия делается ссылка, но отсылаемые условия клиенту не предоставляются для ознакомления, и т.п.

Е.А.Мищенко, как и авторы Комментария к ГК РФ, полагает, что преддоговорные споры в договорах присоединения невозможны. [174] На стадии заключения публичного договора способом присоединения вторая сторона якобы не вправе требовать изменения или дополнения этих условий. Потребитель, по их мнению, вправе лишь принять все условия или отказаться от заключения договора, он не может оспаривать условия публичного договора, заключенного способом присоединения, если они не явно обременительные и не влекут иные последствия, предусмотренные ст.389 ГК РК. По нашему мнению, это в корне неверное утверждение. Нами приведено достаточно доводов в пользу того, что не договор присоединения заклю-

чается публичным способом, а наоборот, публичный договор заключается способом присоединения. Например, если договор энергоснабжения, составленный энергоснабжающей организацией на основании Типового договора для тысяч и тысяч потребителей, то есть в форме присоединения, содержит явно обременительные для абонентов условия, то безусловно, что потребитель имеет полное право обратиться в суд для разрешения преддоговорного спора, если энергоснабжающая сторона добровольно не примет меры для его урегулирования в досудебном порядке. Поэтому приоритетными в любом случае должны быть нормы ст. 387 ГК РК и потребитель имеет право требовать защиты своих субъективных прав как по основаниям, предусмотренным ст. 387, так и по основаниям, предусмотренным ст. 389 ГК РК. В.В. Витрянский также признает, что конструкция ст. 428 ГК РФ (ст.389 ГК РК) неудачна.

Основное назначение пункта первого ст. 428 ГК РФ (ст.389 ГК РК) – это установление возможности присоединяющейся стороны не только отказаться, но и требовать внесения изменений в такой договор, если он содержит явно обременительные для нее условия. [17, с.259-261] Поэтому неверной является точка зрения тех ученых, которые полагают, что преддоговорных споров по договорам присоединения не может быть. Другое дело, что практика почти не знает таких споров.

Поскольку любая форма договора присоединения заведомо предполагает отсутствие в его тексте (если договор заключается в письменной форме) согласования воли противоположных сторон, то становится очевидным, что в силу психологических особенностей оферента он может включить в договор как минимум невыгодные для другой стороны и выгодные для себя условия. Поэтому законодатель наделяет присоединившуюся сторону правом требовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения, хотя и не противоречит законодательству, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий дого-

вора (п.2 ст.389 ГК РК). Обратим внимание: присоединившаяся сторона вправе требовать расторжения или изменения не самого абстрактного договора присоединения как такового, а конкретного вида, например, договора энергоснабжения, договора бытового подряда, договора оказания услуг связи и т.д., заключаемого способом присоединения.

А именно: если договор энергоснабжения заключен способом присоединения к оферте, заранее разработанной энергоснабжающей организацией на основе утвержденного Правительством РК нормативного правового акта, а абонент усмотрел в тексте договора явно обременительные для себя условия, например, в виде пятикратного размера штрафа за невыборку договорных объемов электроэнергии, то абонент имеет полное право требовать изменения договора. То есть в таком случае охранительные нормы ст. 389 ГК РК применяются и к публичному договору, и это бесспорно.

Принципы УНИДРУА допускают заключение договора, где лишь некоторые условия являются стандартными. Аналогично и в ГГУ (параграфы 305 и 306). Решающее значение имеет факт их предварительной разработки и использование без переговоров и обсуждения их с другой стороной. Кроме того, в Принципах четко зафиксировано, что и вторая сторона вправе использовать при заключении договора свои стандартные условия, что не практикуется в Казахстане.

Суды не квалифицируют спорный договор как публичный договор, заключенный в форме присоединения не только из-за недостаточности правового регулирования (мало норм о нем), но и в силу отсутствия глубоких и всесторонних научных изысканий, научно обоснованных мнений по данному договору. Правильная квалификация договора как публичного имеет очень важное значение. В Германии, по свидетельству профессора В.Бергманна, высшие земельные и федеральные суды «в значительной степени опираются на научно-правовые дискуссии, отраженные в научной литературе». [193, с.ХУШ]

Нами было проведено выборочное анкетирование судей, в результате которого на вопрос – рассматривали ли они дела в отношении договоров присоединения, более 80 процентов дали отрицательный ответ, хотя в другой графе той же анкеты отмечали, что рассматривали публичные договоры энергоснабжения и иные договоры в коммунальной сфере.

На практике во многих сферах экономической жизни потребитель не имеет реальной возможности осуществить право на расторжение договора в силу того, что данная «коммерческая организация» оказывается единственной в оказании данных услуг, выполнении работ, в частности, в сфере естественной монополии, либо у всех других исполнителей условия договоров точно такие же.

Поэтому в целях наиболее полной защиты слабой стороны в таких договорах полагаем необходимым при наличии любых оснований, закрепленных как в ст. 387, так и в ст. 389 ГК РК, предоставить потребителю право требовать признания недействительными подобные условия предложенной «коммерческой организацией» оферты, причем требовать не только расторжения договора (поскольку отсутствует конкурентная среда), но и внесения изменений и дополнений, направленных на признание недействительными «злоупотребительных» условий договора и иные меры защиты потребителей. Иначе полезная по сути норма пункта 2 ст. 389 ГК РК останется «мертвой» нормой.

Толкование явно обременительных условий следует производить распространительно, например, включение в договор норм о возмещении потребителю только реального ущерба относить к числу обременительных условий публичного договора в форме присоединения. Кредитору-потребителю должны быть предоставлены широкие процессуальные возможности, вплоть до требования признания сделки кабальной.

Кроме того, всегда должно соблюдаться требование нормы пункта 2 ст. 358 ГК РК о том, что соглашение об ограничении размера ответственности должника по договору присоединения или иному договору, в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, недействительно, если размер ответственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законодательством.

В Европе «злоупотребительные» условия признаются ненаписанными. В Великобритании Закон «О недобросовестных условиях» 1977г. распространяется не только на стандартные, типичные условия, но и на индивидуальные договоры. [12, с.407]

Мы поддерживаем предложение А.В.Цыпленковой о включении в ст. 426 ГК РФ (ст. 387 ГК РК) дополнительных пунктов, в которых

излагается прямой запрет о недопущении включения в договор недобросовестных условий, объективно противоречащих интересам одной из сторон или целью которых является создание существенного неравноправия сторон, а тем более злоупотребления правом доминирующей стороной. [60, с.12] Но такие дополнения целесообразнее включить в ст.389 ГК РК. Гражданское законодательство испытывает насущную необходимость называть вещи своими именами, а не только деликатно подразумевать их. Несомненно, что точная формальная определенность будет способствовать конкретизации в регулировании правоотношений и достижению большей степени социальной справедливости.

По сложившемуся стереотипному мнению, в публичных договорах, заключаемых в форме договора присоединения, одной стороне предоставлена по сути неограниченная свобода договора, а другой – резкое ограничение свободы договора. Это не совсем так, экономически доминирующая сторона также не абсолютно свободна. Она связана рамками нормативных установлений, закрепленных в типовых договорах, правилах, не имеет права отказать в заключении договора и обязана заключить договор на равных со всеми потребителями условиях. Другое дело, что она имеет значительные преимущества, так как обладает опытом в своей сфере деятельности, этот опыт использует в целях недопущения для себя убытков, а потому ставит различные барьеры, преграды для укрепления своих позиций и восполнения понесенных ею не только расходов (реального ущерба), но и упущенной выгоды, причем за счет своих многочисленных потребителей.

По мнению некоторых ученых, стандартные формы в договорах присоединения разрабатываются самими субъектами, на которых лежит бремя исполнения основной обязанности по договору; а нормы публичных договоров устанавливаются законодателем. Некоторые считают, что в договоре присоединения стандартные условия не требуют утверждения, опубликования. Например, договоры банковского обслуживания. Мы же полагаем, что публичный договор может быть сформулирован не только на основе типовых условий и нормативных правил, но и на основе примерных условий и даже может быть разработан самим оферентом. Например, договоры оказания гостиничных услуг, бытового проката в Казахстане за отсут-

ствием типовой формы, правил и примерных условий разрабатывается самим услугодателем.

В Европе стандартные условия являются обязательными только в случае, если присоединяющаяся сторона знала или должна была знать об их содержании. Оферент должен предпринять любые (в смысле - все) разумные меры для информирования потребителя и для его ознакомления со стандартными условиями. Это относится также и к банковским договорам, договорам страхования и др. и должно стать нормой в Казахстане.

Примерные условия договоров разрабатываются специально для определенного вида договоров, отражают специфику определенного договорного обязательства, содержат существенные условия именно таких видов обязательств. Они должны быть опубликованы, клиенты должны быть заранее ознакомлены с примерными условиями. Хотя и в публичных договорах в форме договора присоединения по общим правилам договорного права вторая сторона также должна быть ознакомлена с условиями стандартного договора, поэтому мы не видим особых различий между ними.

Общим для публичных договоров в форме присоединения и примерных договоров является использование стандартной формы. Мы считаем, что и договор, типизированный для множества случаев на основе примерного договора, и договор, составленный на основе Типового договора, представляют собой форму присоединения к варианту, в любом случае предложенному «сильной» стороной договора многочисленным своим потенциальным потребителям.

Типовой договор и договор присоединения имеют много общего: оба обладают свойством (качеством) императивности, оба заключаются способом использования формуляра, предполагают упрощенный порядок заключения. Мы согласны с французскими учеными, которые считают типовой договор договором присоединения. То есть типовой договор и есть та стандартная форма, которую в качестве оферты использует «коммерческая организация», предлагая всем и каждому присоединиться к такой оферте. Поэтому все полемики по данному вопросу считаем излишними.

Пункт 3 ст. 389 ГК РК гласит, что при наличии обстоятельств, предусмотренных в пункте 2 настоящей статьи, требование о расторжении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к

договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор. Учитывая, что договоры присоединения чаще всего предлагаются стороной - монополистом или занимающей доминирующее положение на рынке услуг (товаров), не совсем логичной и последовательной выглядит позиция законодателя, направленная на ухудшение положения предпринимателей, являющихся потребителями в публичных договорах, заключаемых путем присоединения. Считаю, что несправедливо исключать право предпринимателей обращаться с требованиями о признании недействительными обременительных условий, тем более, когда государство провозглашает политику всемерной поддержки и защиты предпринимателей.

Еще одно такое противоречие мы встречаем в вопросах правового регулирования договора страхования, даже добровольного. Несмотря на позицию законодателя и мнения представителей науки об утверждении договора добровольного страхования как полностью основанного на принципе свободы договора, его содержание жестко регламентировано статьей 825-1 ГК РК и подзаконными актами, оставляя узкую лазейку для включения дополнительных условий самому оференту, что вряд ли соотносится с возможностью свободного волеизъявления. Тем более, что Правила страхования по каждому виду страхования, хотя и разрабатываются самим страховщиком, но должны быть согласованы страховщиком с уполномоченным органом. Это прямое доказательство заключения договора страхования в форме присоединения.

В соответствии со ст. 446 ГК РК договор розничной купли-продажи «считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара, если иное не установлено законодательными актами или договором розничной купли-продажи, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется покупатель». То есть публичный договор розничной купли-продажи заключается способом присоединения, об этом четко говорит сам законодатель. Устная форма договора розничной купли-продажи нисколько не порочит его форму присоединения, так как условия такого договора определены

законодателем в законодательстве о торговой деятельности и различных правилах торговли.

Конструкция стандартной формы публичного договора в форме договора присоединения, предусмотренного ст.389 ГК РК, все активнее применяется для заключения коммерческих сделок в различных сферах путем использования сети Интернет. В ГГУ для регулирования таких ситуаций предусмотрены нормы о договоре дистанционной продажи. Представляется, что казахстанским предпринимателям также возможно активное освоение сети Интернет для заключения публичного договора розничной торговли по электронной сети.

Таким образом, договор присоединения – не самостоятельный вид и даже не свойство договора, а способ заключения любых договоров, рассчитанных на массовое применение, в том числе и публичных договоров.

1.5 Ответственность сторон публичного договора

Юридическая ответственность является одним из видов социальной ответственности. Законодатель не сформулировал легальное определение понятия юридической, а тем более гражданско-правовой, имущественной ответственности. Оно дается в доктрине, в теории гражданского права. Причем доктринальные определения гражданско-правовой ответственности имеют существенные расхождения. Так, Н.С.Малеин определял имущественную ответственность как охранительное правоотношение, возникающее из факта правонарушения. [205, с.19] Другие авторы определяли ее как обязанности правонарушителя нести неблагоприятные последствия правонарушения. [206, с.49] С очевидностью приходится признать недостатки каждого из приведенных определений. Сам термин «ответственность» имеет многоплановое значение: как позитивная ответственность, как чувство ответственности, как санкция.

О.С.Иоффе считал, что ответственность – это санкция за правонарушение, вызывающая для правонарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав или возложения новых либо дополнительных гражданско-правовых обязанностей. [207, с.141] Ю.Г.Басин под гражданско-правовой ответственностью понимал предусмотренное законодательством или договором имущественное взыскание или имущественное обременение,

применяемое к субъекту гражданского правонарушения, нарушившему возложенные на него обязанности, и компенсирующие управомоченному лицу имущественные потери, вызванные нарушением. [208, с.3] Е.Б.Осипов определяет гражданско-правовую ответственность как определенные меры защиты субъективных гражданских прав (мер гражданско-правовой ответственности), направленные на возложение на нарушителя субъективного гражданского права дополнительных имущественных лишений, обеспеченных государственным принуждением, в виде дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права. [209, с.301]

М.К.Сулейменов считает, что гражданско-правовую ответственность можно определить как один из видов гражданско-правовых санкций (выступающих как меры защиты гражданских прав), влекущих для нарушителя гражданских прав обеспеченные государственным принуждением дополнительные неблагоприятные последствия в виде дополнительного гражданско-правового обязательства или лишения принадлежащего ему гражданского права. [210, с.11-22]

При всем разнообразии приведенных точек зрения, отметим, что только в некоторых из них речь идет о том, что применяемые к должнику меры должны обязательно повлечь уменьшение имущественной сферы должника и, причем, помимо его воли. [211, с.189] Иначе нет смысла вообще говорить об ответственности, тем более об имущественной ответственности. О.С. Иоффе отмечал, что понуждение к реальному исполнению обязательства нельзя отнести к мерам ответственности. [207, с.51]

Мы считаем привлечение должника к имущественной ответственности одной из форм защиты гражданских прав, поэтому согласны с М.К.Сулейменовым, когда он критикует сторонников разделения мер ответственности и мер защиты. В казахстанской цивилистике сложилось практически единогласное мнение о поделении гражданско-правовых санкций на меры имущественной ответственности и оперативные санкции.

В качестве примеров мер оперативных санкций приведем пункты 53 и 54 Правил пользования электрической энергией, в соответствии с которыми энергоснабжающая и (или) энергопередающая организации, при наличии перечисленных в названных пунктах ус-

ловий, имеют право прекратить полностью или частично подачу электроэнергии потребителю. [212] Прекращение подачи электрической энергии не является дополнительным обременением или имущественным лишением должника, а, следовательно, не относится к мерам имущественной ответственности.

Таким образом, исходными критериями для обозначения гражданско-правовой ответственности являются неблагоприятные последствия для нарушителя, выражающиеся в понятиях принудительного (помимо воли) имущественного взыскания, имущественного обременения или имущественного лишения, уменьшение имущественной сферы должника, которое должен нести нарушитель субъективных гражданских прав. Мы полагаем, что правонарушитель должен нести дополнительные гражданско-правовые обязанности или должен быть лишен принадлежащего ему субъективного гражданского права. Иначе трудно говорить об ответственности в ее семантическом значении. И. Колупаев также считает, что гражданско-правовая ответственность выражается в дополнительных обременениях, возлагаемых на правонарушителя. [213, с.109-116]

Поскольку гражданское право регулирует главным образом имущественные отношения, связанные с использованием товарно-денежных форм, то и гражданско-правовая ответственность соответствует характеру регулируемых общественных отношений и всегда выступает в виде неблагоприятных имущественных последствий для правонарушителя. [209, с.300]

Гражданско-правовая ответственность наступает за нарушение правовых норм, договорных обязательств, причинение внедоговорного имущественного вреда. Наше внимание будет сосредоточено на имущественной ответственности за нарушение договорных обязательств.

Договорное обязательство отличается от внедоговорного тем, что субъекты вступают в него добровольно, осознанно. В связи с тем, что основная масса договорных обязательств в современных условиях носит возмездный характер, то естественно, что при вступлении в такие отношения стороны рассчитывают на встречное предоставление. Когда же такое встречное предоставление оказывается ненадлежащим или вообще отсутствует (обязательство не исполнено), то и возникает право требования кредитора. При-

чем кредитор, руководствуясь диспозитивным характером регулирования гражданских правоотношений, может потребовать применения либо только мер оперативных санкций, либо мер имущественной ответственности, либо и то, и другое. И только после волеизъявления кредитора возникает правоотношение по поводу гражданско-правовой ответственности, а именно: из договорного обязательства возникает охранительное обязательство. Это совершенно новое обязательство, так как при вступлении в договорные правоотношения стороны не предполагали, что кто-нибудь из них окажется должником или кредитором, что придется уплачивать неустойку или возмещать убытки, и т.д.

В публичных договорах, которые изначально рассчитаны на массовое применение, остро встает проблема защиты субъективных гражданских прав неопределенного круга лиц и каждого лица в отдельности. А привлечение правонарушителя к гражданско-правовой ответственности является одной из форм защиты гражданских прав, в том числе и публичной функцией государства. Именно по этой причине нарушение договорных обязательств в сфере действия публичного договора наносит вред не только определенному кредитору, но и зачастую всему обществу в целом, так как нарушение в одном звене, как цепная реакция, приводит к перебоям в работе всего механизма товарно-денежных отношений в обществе.

В гражданско-правовой литературе, к сожалению, очень часто формами гражданско-правовой ответственности (в смысле санкций) называют только возмещение убытков и уплату неустойки. Полагаем, что это слишком узкое понимание такой ответственности. На самом деле форм гражданско-правовой, или имущественной, ответственности гораздо больше.

Помимо ст. 9 ГК РК, предусматривающей возмещение убытков, включающих в себя как реальный ущерб, так и упущенную выгоду, компенсацию морального вреда, и ст. 293 ГК РК об уплате неустойки, анализ содержания Главы 18 ГК РК «Обеспечение исполнения обязательств» позволяет выявить еще несколько форм гражданско-правовой ответственности. Так, статьи 318-320 предусматривают лишение имущества залогодателя путем продажи его имущества с торгов в случае неисполнения обязанности по договору; ст. 338 предусматривает потерю задатка или уплату его в двойном размере; ст.

338-2 предусматривает утрату права собственности на удерживаемое кредитором имущество должника; ст. 9 предусматривает также взыскание штрафа с государственного органа или должностного лица за воспрепятствование гражданину или юридическому лицу в приобретении или осуществлении права; пункты 4 и 5 ст. 157 ГК РК предусматривают возможность конфискации имущества, если сделка направлена на достижение преступной цели, и т. д.

Приведенный перечень форм ответственности за нарушение обязательства не является исчерпывающим. Хотя следует признать, что возмещение убытков и уплата неустойки являются наиболее распространенными формами ответственности за нарушение обязательства. Тем более, что практически во всех имущественных отношениях возмещение убытков является общей мерой гражданско-правовой ответственности, она может применяться при защите любых субъективных гражданских прав.

Понятие и содержание убытков дано законодателем в п. 4 ст. 9 ГК РК. На этом основании в гражданском праве действует так называемый генеральный принцип полного возмещения убытков, означающий, что должник обязан, а кредитор имеет право требовать возмещения как реального ущерба, то есть расходов, которые произведены или должны быть произведены лицом, право которого нарушено, стоимости утраченного или поврежденного его имущества; а также упущенной выгоды, то есть неполученных доходов, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено.

Общее правило об этом содержится также в ст. 350 ГК РК, в соответствии с которой должник, не исполнивший или ненадлежаще исполнивший свое обязательство, обязан возместить кредитору вызванные нарушением убытки, тем самым возмещение убытков допустимо при любом гражданском правонарушении, которое нанесло управомоченному лицу убытки.

Конечно, учитывая нормы ст. 364 ГК РК о вине кредитора и ст. 366 ГК РК о просрочке кредитора при решении вопроса о полном возмещении убытков должны учитываться и названные обстоятельства. При этом размер упущенной выгоды должен определяться на основании объективных критериев и с учетом всех обстоятельств конкретного правонарушения. Кроме того, законодатель в некоторых случаях для

определения размера имущественной ответственности оперирует терминами «действительные убытки», «действительная стоимость»: залогодержатель отвечает за утрату предмета залога в размере его действительной стоимости (ст.313); если иное не установлено договором, гарантия и поручительство обеспечивают лишь действительное требование (ст.332); товарищество обязано выплатить участнику действительную стоимость доли (ст.80); при страховании имущества страховая сумма не может превышать его действительной стоимости на момент заключения договора (ст.819) и т.д.

Помимо полной имущественной ответственности, гражданское право различает также и ограниченную имущественную ответственность в обязательственном праве, которая предусмотрена ст. 358 ГК РК «Ограничение размера ответственности по обязательствам». В соответствии с названной статьей принцип ограниченной имущественной ответственности допускается лишь нормами законодательных актов или договором. Однако если размер ответственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законодательством, то он не может быть уменьшен или исключен договором. Данное запрещение относится к договорам в форме присоединения или к иным договорам, в которых потребителем является физическое лицо (гражданин). Еще одно запрещение договорного ограничения или исключения имущественной ответственности закреплено в п. 2 ст. 350 ГК РК, не допускающем соглашения сторон об освобождении должника от возмещения убытков до нарушения обязательства, кроме соглашения, ограничивающего взыскание упущенной выгоды и предусматривающего возможность взыскания только реального ущерба.

Договорная ответственность возникает из обязательств, принимаемых на себя должником по своей воле, из договорных обязательств. Каждая сторона ожидает получить эквивалент, иначе бессмысленно вступать в договорные отношения по своей воле, в своем интересе. А ограничение ответственности доминирующей стороны не оправдывает ожидания эквивалентности другой стороны, нарушает принцип юридического равенства субъектов гражданских правоотношений.

Случаи ограниченной ответственности обязанной стороны публичного договора, предусмотренные законодательством, касаются, в частности, следующих сфер. Так, ст. 491 ГК РК «Ответственность

по договору энергоснабжения» предусматривает, что в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору энергоснабжения энергоснабжающая организация и абонент обязаны возместить только причиненный этим реальный ущерб.

Ст. 51 Закона о железнодорожном транспорте РК «Определение размера недостачи, повреждения (порчи) груза» регламентирует, что в случае обнаружения утраты, недостачи или повреждения (порчи) груза перевозчик и грузополучатель совместно определяют размер реального ущерба. [214]

Ст. 19 Закона об электроэнергетике предоставляет потребителям электрической и тепловой энергии право требовать от энергопроизводящей, энергопередающей и энергоснабжающей организаций возмещения реального ущерба, причиненного недопоставкой или поставкой некачественной электрической и тепловой энергии, в соответствии с условиями заключенных договоров. [215]

Пункт 63 Правил пользования электрической энергией 2005 г. также определяет, что лицо, виновное в снижении качества электроэнергии, возмещает причиненный им субъекту розничного рынка реальный ущерб, если иное не предусмотрено действующим законодательством. [212]

Правила перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях РК от 25.04.2003 г. (п. 79) гласят, что при задержке перевозки пассажира по вине перевозчика, последний уплачивает пассажиру штраф в размере 3 процентов от стоимости билета за каждый час задержки, помимо возмещения убытков пассажиру, если последние имели место, однако сумма взысканного штрафа не может превышать стоимости приобретенного билета. [216]

Обратим внимание, что во всех приведенных нормах обязанной стороной являются предприниматели. При этом законодатель «забывает» о принципе повышенной ответственности предпринимателей в имущественных отношениях, а тем более о предпринимательском риске, закрепленных в статьях 10, п. 2 ст. 359 ГК РК и т.д.

Норма ст. 10 ГК РК «Предпринимательская деятельность осуществляется от имени, за риск и под имущественную ответственность предпринимателя» может толковаться в том смысле, что имущественная ответственность предпринимателя может быть только полной, имея в виду полное возмещение причиненных им убытков.

Способность нести самостоятельную имущественную ответственность в полном объеме является неотъемлемым реквизитом дееспособности, а, следовательно, и правосубъектности. В противном случае принцип юридического равенства субъектов является простой декларацией. Презумпции добросовестности, справедливости и разумности предполагают именно такое положение, когда все участники имущественных правоотношений на равных вступают в частности, в договорные правоотношения. Положение, когда одна сторона заведомо несет полную имущественную ответственность, а вторая сторона того же правоотношения, причем доминирующая в правоотношении, и к тому же несет ограниченную ответственность, представляется нонсенсом, подлежащим изменению в целях соблюдения принципа социальной справедливости.

По мнению Е.В.Горячевой, положения законодательства о повышенной ответственности предпринимателей оказывают организационное воздействие на волю и сознание субъектов обязательства. В случаях неуважения интересов контрагентов, невыполнения условий договора применение норм о повышенной ответственности за нарушение договора способствует соблюдению требований законодательства и договора. [217, с.17-18] А полная компенсация затрат лица, понесшего потери вследствие нарушения обязательств, способствует стабилизации нормальных общественных отношений. [217, с.4]

Ж.Б.Досжанов отмечает, что особенностью гражданско-правовой ответственности, отличающей ее от других видов юридической ответственности, является наличие особой функциональной цели – это возмещение убытков кредитора. [218, с.10] Под убытками же законодатель понимает как реальный ущерб, так и упущенную выгоду (п.4 ст.9 ГК РК).

Как известно, одним из общих оснований для возложения имущественной ответственности на субъекта является наличие вины за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (п.1 ст.359 ГК РК). Вместе с тем пункт второй той же статьи говорит о повышенной ответственности предпринимателей: «Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то

есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельствах (стихийные явления, военные действия и т.п.). К таким обстоятельствам не относится, в частности, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, работ или услуг».

Это правило должно, по нашему глубокому убеждению, полностью распространяться в публичных договорах на «обязанную сторону», которая является индивидуальным предпринимателем или коммерческой организацией.

В противном случае возникают многочисленные проблемы, когда законодательными актами или договором предусмотрена ограниченная ответственность, а сумма фактических убытков во много крат превышает суммы, которые допускаются к взысканию с должника. Например, в связи с несоблюдением энергоснабжающей организацией режима подачи электроэнергии у абонента «застыл» бетон в бетономешалке, что повлекло не только порчу самого бетона (упущенная выгода), но и бетономешалки, из которой практически невозможно выгрузить такой продукт; у пивоваренного завода испортилась целая партия пива, требующего по технологии непрерывного процесса брожения при строго определенном температурном режиме, и т.д. А ст. 491 ГК РК предусматривает возмещение только реального ущерба, что никак не соотносится с принципом полного возмещения убытков и принципом социальной справедливости.

Или перевозчик – железная дорога – несвоевременно доставила скоропортящийся груз по месту назначения, в результате чего допустила порчу груза. Грузоотправитель скоропортящегося груза не сможет продать такой груз и понесет убытки как в форме реального ущерба, так и упущенной выгоды. Однако в соответствии со ст. 51 Закона «О железнодорожном транспорте» он сможет истребовать только сумму реального ущерба, которая несоизмерима с суммой неполученного дохода. [214] Таких примеров можно привести сколько угодно.

В процессе исполнения обязательств общим требованием является принцип реального исполнения обязательства. Например, в той же перевозке грузоотправителю, пассажиру требуется именно фактическое перемещение груза или пассажира из одного места в другое. Никакими суммами неустойки неисполнение данной обязанности перевозчиком компенсировано быть не может. Поэтому возни-

кает проблема соотношения имущественной ответственности должника и исполнения им обязанности в натуре.

Общее правило содержится в п. 1 ст. 354 ГК РК, в соответствии с которым уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре.

В соответствии с п. 2 ст. 354 ГК РК в случае неисполнения обязательства уплата неустойки и возмещение убытков, по общему правилу, освобождают должника от исполнения обязательства в натуре. Но данное правило никак не может быть применимо в публичных договорах, особенно ярко такая невозможность проявляется в сфере действия естественных монополий. Так, в договорах оказания услуг телефонной связи, снабжения электрической и тепловой энергией, водоснабжения и т.п. возмещение убытков и уплата неустойки «коммерческой организацией» потребителю не влекут прекращения договорных отношений между ними и не компенсируют неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей должником. Особенностью таких договоров в большинстве случаев является их непрерывный, длящийся характер, поэтому правило п.2 ст. 354 ГК РК почти не применимо для регулирования правоотношений в сфере действия публичного договора (а если применимо, то крайне редко).

Конечно, в ответ на наш вывод можно возразить, что в состав убытков в таких случаях потребитель может включить также и расходы, произведенные им в связи исполнением обязательства за счет должника третьим лицом (ст. 356 ГК РК). Однако действие публичных договоров распространяется на многочисленный круг потребителей-кредиторов и всего одно нарушение «коммерческой организации» влечет, как правило, убытки для неограниченного круга субъектов, например, отключение электрической или тепловой энергии, опоздание поезда, и т.п. Кроме того, многие из правоотношений, регулируемых нормами о публичном договоре, как сказано выше, являются длящимися, характеризуются признаком непрерывности. А отсюда вряд ли можно представить себе, что вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязанностей «коммерческой организацией» одновременно бесчисленное количество потребителей в массовом порядке воспользуется нормой ст. 356 ГК РК, то есть в разумный срок поручит выполнение обязательства

третьим лицам за разумную цену либо выполнит его своими силами, а затем потребует от должника возмещения понесенных необходимых расходов и других убытков. Самое элементарное препятствие для того, чтобы воспользоваться приведенной нормой – это отсутствие на рынке других «исполнителей», например, для удовлетворения потребностей в энергоснабжении, питьевой воде, связи, перевозке железнодорожным или воздушным транспортом, и т.д. Своими силами такие действия выполнить практически невозможно.

Тем самым в правоотношениях, охватываемых публичным договором, основным способом надлежащего исполнения является реальное исполнение, исполнение в натуре. Прекращение договорного обязательства предоставлением отступного, например, или зачетом, практически невозможно. А потому любое иное отступление от такого способа исполнения должно влечь полную имущественную ответственность для обязанной стороны договора, наряду с реальным исполнением.

Говоря об основаниях привлечения субъекта к имущественной ответственности, следует отметить, что традиционно признанными условиями наступления гражданско-правовой ответственности являются: противоправное поведение нарушителя; наличие убытков или вреда; наличие причинной связи между противоправным поведением и наступившими вредоносными последствиями; наличие вины правонарушителя.

Однако в гражданском праве перечисленные условия не являются универсальными, общеобязательными для всех составов конкретных правонарушений. Для наступления гражданско-правовой ответственности отдельные виды правонарушений могут и не включать в себя все подряд перечисленные условия. Например, взыскание неустойки, по общему правилу, не требует наличия убытков. М.К.Сулейменов считает, что единственным и общим основанием гражданско-правовой ответственности является нарушение субъективного гражданского права. [210, с.11-22] Тем самым ученые придерживаются существующего в теории гражданского права принципа причинения, наряду с принципом вины. Принцип причинения предусмотрен в частности пунктом 2 ст. 359 ГК РК, который исключает требование вины, предусматривает случаи безвиновной ответственности предпринимателя.

Виновным может признаваться как действие, так и бездействие. Под вредом в гражданском праве понимают всякое умаление личного или имущественного блага, поэтому вред может выражаться как в виде материального, имущественного вреда, так и в виде морального вреда.

Необходимость возмещения причиненного имущественного вреда в процессе заключения и исполнения публичных договоров сомнений и споров не вызывает. Что же касается компенсации причиненного при этом морального вреда, то тут возникают и теоретические, и законодательные, и практические проблемы.

Многие суды отказывают истцам-потребителям в удовлетворении требований о компенсации морального вреда, ссылаясь на запретительную норму п. 4 ст. 951 ГК РК о том, что моральный вред, причиненный действиями (бездействием), нарушающими имущественные права гражданина, возмещению не подлежит, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами. Основным доводом судов является ссылка о том, что публичные (да и иные) договоры нарушают в первую очередь и преимущественно имущественную сферу потребителей. Об удовлетворении имущественных требований решение вынесено, следовательно, по мнению судей, вопрос исчерпан, а далее идет ссылка на п.4 ст.951 ГК РК.

Мы же полагаем, что в правовом регулировании правоотношений, где потребителями являются физические лица либо юридические лица, использующие товары, работы или услуги для непредпринимательских целей, субсидиарно должно применяться законодательство о защите прав потребителей, которое безусловно предусматривает компенсацию морального вреда наряду с возмещением имущественного вреда. А именно, ст. п.12 ст.7 Закона РК «О защите прав потребителей» закрепляет право потребителей на компенсацию морального вреда, аналогичная норма была и в прежнем Законе. Об этом же говорится в нормативных постановлениях Верховного Суда РК № 3 от 21.06.2001 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» и от 25.07.1996 г. № 7 «О практике применения судами законодательства о защите прав потребителей». [219; 220]

Более того, ст. 142 ГК РК закрепляет правило, по которому при одновременном нарушении личных неимущественных и имущественных прав размер возмещения имущественного вреда увеличивается с учетом компенсации, причитающейся потерпевшему за нарушение

личных неимущественных прав. Ст. 352 ГК РК также утверждает, что моральный ущерб, причиненный нарушением обязательства, возмещается сверх убытков, предусмотренных ст. 350 ГК РК. И, наконец, пункт 3 ст. 952 гласит, что моральный вред возмещается независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда.

Тем более, что законодатель Республики Казахстан относит к числу потерпевших в результате причинения морального вреда не только физических, но и юридических лиц (ст.951 ГК РК).

Российские авторы приводят обоснования необходимости компенсации морального вреда физическим лицам даже при исполнении договоров страхования, которые казахстанским законодателем не отнесены прямо к публичным. [221, с.26-29; 222, с.21-30]

Рассмотрение данного вопроса будет односторонним и неполным, если обойти вопрос об имущественной ответственности «слабой» стороны в публичном договоре. Здесь следует отметить, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения ею договорных обязанностей она несет имущественную ответственность с учетом общих положений об основаниях гражданско-правовой ответственности, с непременным учетом наличия или отсутствия вины, то есть по принципу вины, а не причинения.

Заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства недействительно.

Осуществление гражданских прав не должно нарушать прав и охраняемых законодательством интересов других субъектов права. В частности, ст. 11 ГК РК запрещает монополистическую и всякую иную деятельность, направленную на ограничение или устранение законной конкуренции, получение необоснованных преимуществ, ущемление прав и законных интересов потребителей.

На основании изложенного приходим к выводу, что принцип ограниченной ответственности лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, противоречит самому понятию предпринимательства и принципу полной имущественной ответственности, принципу ответственности предпринимателей за причинение (а не за вину), и общеправовому принципу социальной справедливости. Когда норма права становится тормозом развитию угодных обществу социальных связей или в изменившихся условиях ее применение

будет вести к несправедливости, то либо эта норма должна быть заменена или дополнена другим правилом, либо ее следует наполнить новым содержанием, то есть правовое регулирование должно быть адекватным реально существующим общественным отношениям.

Нам представляется, что в публичных договорах, условия которых формулируются только доминирующей стороной, имущественная ответственность должна быть установлена за включение в договор недобросовестных условий, которые объективно противоречат интересам одной из сторон или целью которых является создание существенного неравноправия сторон. Кроме того, должна быть предусмотрена ответственность за злоупотребление правом заключения договора, то есть такое недобросовестное поведение стороны, которое не отвечает требованиям разумности, добросовестности и справедливости. Если одна сторона заведомо знала или должна была знать о неопытности другой стороны и при этом включила в договор условия, предоставляющие выгоду себе, то другая сторона при таких обстоятельствах может потребовать изменения или расторжения договора с компенсацией морального вреда. Во всяком случае, доминирующая сторона должна четко представлять, что за ее недобросовестное, неразумное, несправедливое поведение будут применены меры имущественной ответственности. [78, с.11]

Полагаем, что включение в публичный договор условий о возмещении «коммерческой организацией» потребителю только реального ущерба должно рассматриваться как обременительное условие и повлечь возникновение у потребителя права требовать изменения данного условия по названному нами основанию. Но для этого в первую очередь следует внести изменения в действующее законодательство, предусматривающее ограниченную ответственность доминирующей в правоотношении стороны.

Ю.Г.Басин считал, что «жизнь обгоняет прочность правовых запретительных мер», поэтому на того, кто реально принимает решения, должны в конечном счете возлагаться все риски и вся ответственность, так как самоуправляемый рынок энергично вырабатывает способы неподчинения этому принципу. [113, с.103] Применительно к публичным договорам, заключаемым способом присоединения, это означает, что в публичных договорах предприниматель

должен нести как минимум полную, а никак не ограниченную, имущественную ответственность.

Юридическая ответственность является в то же время средством защиты потерпевшей стороны – в данном случае кредитора в договорном правоотношении. Как полагают ученые, субъективные гражданские права, которые принадлежат участникам имущественного оборота, должны быть не только реально осуществимыми. Субъекты этих прав должны быть наделены возможностями по пресечению нарушения прав, их восстановлению, компенсации всех потерь, вызванных нарушением субъективных прав, иначе эти права являются лишь декларативными. [17, с.773]

Как известно, одним из основных вопросов гражданского права, особенно в публичных договорах, является защита слабой стороны в договорном обязательстве. Причем такая защита должна осуществляться независимо от того, в какой роли – должника или кредитора - выступает эта слабая сторона. Предоставляя слабой стороне дополнительные права и соответственно возлагая на ее контрагента по договору дополнительные обязанности, законодатель тем самым обеспечивает на деле равенство участников таких договорных отношений. Образно говоря, здесь применяется принцип сообщающихся сосудов в физике: для установления равенства уменьшение, ограничение прав одной стороны должно влечь расширение, увеличение прав другой стороны.

Д.Р.Канев на этом основании считает, что правоотношение по поводу мер имущественной ответственности в связи с нарушением договорных обязательств должно иметь характер неэквивалентности для должника, поскольку оно возникает вследствие его противоправных деяний. [211, с.192-193]

Теория права выделяет и обстоятельства, исключаящие юридическую ответственность, в частности, такие социальные явления, как непреодолимая сила, необходимая оборона и крайняя необходимость. В публичном договоре данные обстоятельства освобождают от ответственности обе стороны правоотношения.

Возвращаясь к вопросу о количественном отношении кредиторов в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанности доминирующей стороной в публичном договоре, рассмотрим средства правовой защиты таких кредиторов, а, следовательно, и

ответственности должников. Значимость данного вопроса не только для отдельно взятого государства подтверждается заключением Соглашения об основных направлениях сотрудничества государств-участников СНГ в области защиты прав потребителей (Москва, 25.01.2000 г.), утвержденного постановлением Правительства РК №1197 от 04.08.2000 г. и вступившего в силу с 17.08.2000 г. [223]

В связи с изменением приоритетов целей правового регулирования в правовом государстве, связанных с пониманием прав человека как социальной ценности, появилась необходимость защиты интересов больших групп граждан-потребителей, оказавшихся в одинаковой ситуации в связи с нарушением их интересов одним и тем же лицом. В случаях, когда должник добровольно не удовлетворяет их законные требования, современным законодательством предусматривается предъявление исков в защиту неопределенного круга лиц. В Европе по этому поводу возник термин «консюмеризм». Впервые такие иски под названием групповых исков возникли в Великобритании, а затем были рецепированы и в США (class action). [225, с.144] Групповой иск позволяет защищать интересы большой группы лиц, персональный состав которой неизвестен на момент возбуждения дела, без специального получения на то полномочий со стороны всех входящих в нее лиц.

Сразу оговоримся, что в науке гражданского процессуального права СНГ в настоящее время уже проводится различие между групповыми исками и исками (требованиями) в защиту неопределенного круга лиц. Законодатель в Казахстане называет их коллективными исками. Так, Т.Ю.Карева и Г.О.Аболонин иски о защите имущественных прав большой группы лиц (например, дольщиков по договору долевого участия в жилищном строительстве, где число кредиторов заведомо известно) предлагают называть непосредственно групповыми исками. Иски же, в которых число кредиторов невозможно установить (как, например, в публичных договорах), называют требованиями или исками в защиту неопределенного круга лиц. [178, с.164; 226, с.13] Другим отличительным признаком исков в защиту неопределенного круга лиц исследователи называют неимущественный характер требований. Например, требование о запрещении предприятиям связи, занимающим доминирующее положение на рынке услуг связи, включать в договоры с абонентами заведомо обременительные условия о предварительной оплате данных услуг.

В соответствии со ст. 41 Закона «О защите прав потребителей» общественные организации потребителей вправе предъявить иск в суд в интересах потребителей, в том числе в интересах неопределенного круга потребителей. [160] Системное толкование приведенной нормы названного Закона свидетельствует, что целью такого иска является признание действий ответчика противоправными по отношению ко «всем» лицам. Такой вывод исходит из того, что публичный договор должен быть заключен «с каждым, кто обратится». Судебное разрешение таких категорий дел влечет экономичность судебного процесса, выражающийся, в частности, в том, что дело не будет затягиваться по мотивам установления круга лиц, позволяет в одном процессе рассмотреть массу однотипных требований и т.д. Впоследствии отдельные кредиторы имеют право самостоятельно, индивидуально обратиться в суд с иском к тому же ответчику и в этом случае им не надо будет заново приводить доказательства неправомерности действий ответчика, поскольку решение по иску от имени неопределенного круга лиц имеет преюдициальную силу. При этом достигается и социальный эффект, поскольку одновременно защищается, как публичный интерес, так и частноправовые интересы. Причем термин «публичный интерес» является материально-правовым, а предъявляемый в его защиту иск от имени неопределенного круга лиц – это процессуально-правовое понятие.

В контексте рассматриваемой темы для нас представляет научный интерес предмет иска в защиту неопределенного круга лиц. Особенностью исков в защиту неопределенного круга лиц является то, что они носят публичный характер, то есть *направлены на защиту интереса каждого через интерес всех*. На этом основании Т.Ю.Карева предлагает суду отступить от презумпции возложения бремени доказывания на стороны и быть активным участником такого процесса, поскольку речь идет о защите публичных интересов. [178, с.171]

Непосредственно правопорождающего значения такое судебное решение для неопределенного круга потребителей не имеет. Однако в результате принятия такого решения будет обеспечена более эффективная правовая защита граждан, являющихся стороной по публичным договорам. При этом следует использовать рациональные моменты зарубежного законодательства и судебной практики, соединяя их с казахстанскими правовыми реалиями.

В целях наиболее полного достижения принципа социальной справедливости при рассмотрении таких дел рекомендуется оповещение всех заинтересованных лиц путем публикации в печати. Прием индивидуальных исков по территории всей страны не повлечет такого эффекта, необходимо использовать преимущества коллективного иска. Поэтому рекомендуется при возбуждении дел в различных судах к одному и тому же монополисту, например, г. Алматы, производство по коллективному иску консолидировать в одном суде. Современное техническое оснащение судебной системы позволяет реализовать наше предложение.

Некоторые авторы полагают, что предъявление коллективного иска якобы лишает заинтересованных лиц права самостоятельно защищать свои права в суде. Наоборот, каждый вправе обратиться с самостоятельным иском в суд и не участвовать в рассмотрении коллективного иска. Практическая значимость обращения в суд с иском в защиту неопределенного круга лиц объясняется тем, что для потребителей, не имеющих возможности оплатить услуги адвоката или лично вести процесс по причине юридической неграмотности, такой иск является поддержкой в защите их интересов. Поэтому коллективный иск может стать важным средством защиты прав больших групп потребителей, а с другой стороны, поможет облегчить и рационализировать работу судей, разгрузить суды для разрешения других споров.

Еще одним способом защиты интересов всех и каждого в деле защиты массового потребителя исследователи называют необходимость повышения статуса и укрепления государственного органа, на который возложена защита прав потребителей, поскольку, по мнению Т.Квятковской, С.Куанышбаевой и некоторых других авторов, пока единственной действенной силой остается бдительность самих потребителей. [134, с.18; 14, с.42]

Поскольку в Казахстане публичный договор как оценочная категория не получил еще должного научного рассмотрения, полагаем необходимым и своевременным издание нормативного постановления Верховного Суда РК о судебной практике применения законодательства о публичных договорах, что несомненно будет способствовать единообразному правопониманию и правоприменению, а также более высокой степени правовой защищенности всех участников таких правоотношений.

2. ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ПУБЛИЧНЫХ ДОГОВОРОВ

2.1 Публичные договоры в сфере передачи имущества в собственность или в иное вещное право

В настоящем разделе будут рассмотрены отдельные виды договоров, как поименованные, так и непоименованные законодателем в качестве публичных договоров, в соответствии с классификацией договорных обязательств по их направленности на обязательства по передаче имущества в собственность или в иное вещное право, по передаче имущества в пользование, по производству работ и оказанию услуг. Отдельные виды договоров рассматривались нами в данной работе в первую очередь, исходя из наличия или отсутствия рассмотренных в предыдущем разделе признаков публичных договоров, в сочетании с традиционной схемой, излагаемой в учебниках гражданского права (понятие договора, его предмет, существенные условия, стороны, их права и обязанности, ответственность). Причем права, обязанности и ответственность сторон освещались только в связи с необходимостью подтверждения публичного характера договора, поэтому в этой части исследование может быть не полным, поскольку в рамки данной работы детальная правовая характеристика содержания рассматриваемых видов договоров не входит и тем более, в рамках нескольких страниц, посвященных каждому из рассмотренных договоров, осуществить такое исследование невозможно.

Исследование проводилось в основном путем применения формально-логического метода, аналитической проработкой правового материала, закрепленного в нормативных правовых актах. Такой метод призван помочь правильно классифицировать правовые явления, определить их правовую природу, выявить в договорном правоотношении признаки публичного договора и юридические особенности отдельных видов договоров. С.С.Алексеев называет формально-логический метод догматическим методом, поясняя, что догма права составляет основу аналитической юриспруденции. В подтверждение своих положений ученый приводит высказывание виднейшего дореволюционного юриста Б.А. Кистяковского о том, что только догматическая юриспруденция создает полноту разработки понятий, их точность и устойчивость. [10, с.41]

С таких позиций и будет проводиться исследование отдельных видов договоров в последующих разделах работы. Причем договоры, поименованные законодателем публичными, будут рассмотрены практически все; что же касается договоров, не поименованных законодателем таковыми, но содержащих основную массу признаков публичных договоров, то поскольку невозможно «объять необъятное» в силу их большого количества, в настоящей работе будут рассмотрены лишь некоторые из них, в целях подтверждения тезиса о необходимости распространения правил о публичных договорах на иные договоры.

Нельзя не отметить и тот факт, что некоторые из рассмотренных нами договорных конструкций совершенно не исследованы отечественной правовой наукой и впервые получили освещение в нашей работе, что представляло определенные трудности при проведении исследования.

За рамками исследования остались многочисленные договоры, опосредуемые Главой 33 ГК РК (оценочная, туристская деятельность, рекламная деятельность, деятельность по оказанию бытовых услуг и т.д.). В частности, на практике появились такие договоры, как «Публичный договор возмездного оказания рекламных услуг», «Публичный договор оказания Интернет-услуг (хостинг)», «Публичный договор возмездного оказания услуг по регистрации доменных имен в зоне ВУ» и другие. Г.Л.Нуртаева утверждает, что к публичным договорам законодателем отнесены договоры возмездного оказания услуг со ссылкой на ст.683 ГК РК [40, с.110], хотя в названной статье такого положения не содержится, поэтому приходится аналитическим путем обосновывать наличие или отсутствие признака публичности в непоименованных законодателем таковыми договорных правоотношениях.

Договор розничной купли-продажи

Розничная купля-продажа выделена в ныне действующем Гражданском кодексе РК в самостоятельный параграф 2 Главы 25 (статьи 445-457). Прежний ГК Казахской ССР не содержал даже отдельной статьи с таким наименованием и лишь в двух статьях – 236 и 238 – оговаривалось, что определенное правило применяется в розничной торговле. [51] Розничная торговля - это основной вид купли-продажи, осуществлявшийся прежде специализированными торговыми

предприятиями по розничным ценам. В настоящее время это также преобладающий вид договора купли-продажи. Продажа в розницу означает продажу товара непосредственным потребителям в единичных количествах.

Кроме Гражданского кодекса, розничная продажа регулируется также специальным законодательством о торговой деятельности и о защите прав потребителей.

Казахстанские ученые выделяют три признака договора розничной купли-продажи: характеристика продавца как предпринимателя; продажа товара именно в розницу, то есть непосредственная продажа товаров потребителям, как правило, в малых количествах; публичный характер. [226, с.80]

В соответствии со ст. 445 ГК РК: «По договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров, обязуется передать покупателю товары, обычно предназначаемые для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью». Часть вторая названной статьи прямо называет данный договор публичным со ссылкой на ст. 387 ГК РК. Закон РК «О регулировании торговой деятельности» под розничной торговлей имеет в виду предпринимательскую деятельность по продаже товаров потребителям для их личного использования (ст.1). [227]

Рассматривая такой признак публичного договора, как публичный характер деятельности продавца, имеющий публичный интерес, отметим, что ежедневное существование каждого индивида и общества в целом требует постоянного, систематического приобретения таких утилитарных товаров, как продукты питания, одежда, канцелярские товары, иные предметы обихода. Процессы урбанизации, развитие техники и технологий повлекли невозможность практически любой ячейки общества самостоятельно обеспечивать себя такого рода вещами. В силу названных причин правоотношения, охватываемые договором розничной купли-продажи, являются наиболее широкими по объему в сравнении с иными договорными правоотношениями. Они ежедневно затрагивают субъективные имущественные интересы практически каждого физического лица, независимо от его пола, национальности, возраста, гражданства и т.д. Без надлежащего розничного товарооборота невозможен и право-

порядок в обществе, что и повлекло признание законодателем розничной купли-продажи в качестве публичного договора.

Предмет договора – это действия по продаже товаров, предназначенных для личного, домашнего, семейного или иного потребления, не связанного с предпринимательской деятельностью. Объектом договора розничной купли-продажи могут быть любые, предназначенные для вышеуказанной цели вещи, не изъятые из гражданского оборота, определяемые родовыми признаками или индивидуально-определенные. Предмет договора розничной купли-продажи уже предмета договора купли-продажи, так как не могут продаваться в розницу, например, имущественные права.

Объект в данном виде договора ограничивается также количеством и целевым назначением. Так, продажа одного автомобиля гражданину для потребительских целей является розничной продажей, а продажа партии автомобилей уже таковой не является. Вместе с тем продажа даже одного автомобиля, но коммерческой автотранспортной организации расценивается не как розничная купля-продажа, так как цель покупки – использование автомобиля для предпринимательства.

К существенным условиям договора розничной купли-продажи законодатель в соответствии с общими положениями о купле-продаже относит условия о наименовании и количестве товара (п.3 ст. 407 ГК РК). Вещи с различными обременениями, а также принадлежащие нескольким собственникам, как правило, в розницу не продаются. ЗРК «О торговой деятельности» относит к розничной купле-продаже также и услуги предприятий общественного питания, что представляется не соответствующим правовой действительности. А вот деятельность продавцов на торговых рынках, несмотря на кажущийся публичный (открытый) характер, не охватывается нормами о публичном договоре. Об исключении из сферы действия ст. 426 ГК РФ предпринимателей, осуществляющих свою предпринимательскую деятельность на товарных, вещевых и иных подобных рынках, говорится и в работах некоторых российских авторов. [34, с.4-10]

В силу публичного характера деятельности отказ продавца от заключения публичного договора розничной купли-продажи при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары не допускается. При необоснованном уклонении продавца от заключения публичного договора применяются правила п. 4 ст. 399

ГК РК о возможности покупателя обратиться с иском о понуждении заключить договор и требовать возмещения всех убытков. Данная норма представляется необходимой, она направлена на дисциплинирование участников договора, особенно доминирующую сторону - продавца. Однако следует отметить также, что на практике в рассматриваемом виде договора она не востребована, т.к. покупателю в такой ситуации гораздо проще обратиться к другому розничному продавцу, чем тратить время и деньги на подачу искового заявления и нести связанные с этим моральные и иные издержки.

Продавец не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим лицом в отношении заключения публичного договора розничной купли-продажи, кроме случаев, предусмотренных законодательством. В частности, законодательством предусмотрен запрет на продажу алкогольной и табачной продукции, а также огнестрельного оружия, лицам, не достигшим 18-летнего возраста.

Говоря о втором признаке публичного договора, отметим, что продавцами в данном виде договора выступают коммерческие юридические лица и индивидуальные предприниматели. Тем самым очевидным становится недостаток конструкции ст. 387 ГК РК, где в качестве стороны, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности, названа только «коммерческая организация». Но не все предприниматели могут быть продавцами. Например, банк, хоть и является коммерческой организацией-предпринимателем, однако не может быть продавцом в розничной торговле, то есть здесь необходимо учитывать и соответствующий объем правоспособности субъекта.

По мнению Н.Ю. Хорошавиной, продавцом по договору розничной купли-продажи может быть и некоммерческая организация. В связи с чем она считает, что связывать реализацию норм о публичных договорах необходимо именно с характером фактически осуществляемой организацией деятельности, а не с основной целью ее деятельности. [228] В предыдущем разделе работы мы обосновывали именно такую точку зрения в отношении обязанной стороны публичного договора и полагаем, что в некоторых случаях не исключена такая возможность; например, общественное объединение может продавать свои буклеты, религиозное объединение может продавать в розницу религиозные принадлежности, но такие их действия не

носят систематический характер, не оказывают ежедневного воздействия на неограниченный круг потребителей и осуществляются только в рамках уставной деятельности.

Для розничной торговли некоторыми товарами (спиртные напитки, огнестрельное оружие, лекарства и т.д.) продавец должен иметь лицензию. В соответствии с п. 1 ст. 12 ЗРК «О регулировании торговой деятельности» розничная торговля осуществляется через магазины, торговые дома, рынки и автоматы, киоски, автолавки, палатки, выносные прилавки. В розницу могут продаваться также лекарственные средства, медицинская техника и изделия медицинского назначения.

Покупателями в договоре розничной купли-продажи могут быть в основном физические лица с учетом степени их дееспособности. Однако не исключается и право юридических лиц быть покупателями в данном виде договора. Так, В.В. Ровный отмечает, что «в большинстве случаев покупателями здесь являются граждане», не исключая тем самым и юридических лиц. [229, с.110] Как отмечается в учебной литературе, юридические лица могут приобретать товары в розничной продаже для хозяйственно-бытовых целей. Для этих же целей могут приобретать товары в розничной торговле также и индивидуальные предприниматели. В частности, компьютерную и иную офисную технику, офисную мебель, канцтовары и т.п. Авторы Комментария к особенной части Гражданского кодекса РК полагают, что на вопрос о возможности указанных субъектов быть покупателями в договоре розничной купли-продажи ответ должен быть утвердительным. [226, с.81-82] Вопросы правового регулирования правоотношений розничной купли-продажи с участием покупателя-негражданина требуют дальнейшей научной разработки, поскольку в отечественной юридической литературе данная сфера не подвергалась специальному исследованию.

Малолетние и частично дееспособные граждане могут совершать сделки, соответствующие их возрасту. Однако если законодательными актами Республики Казахстан установлено ограничение по возрасту потребителя при продаже каких-либо товаров (табачные изделия, спиртные напитки), то продавец обязан отказать в продаже в случае непредъявления покупателем документа, подтверждающего его возраст.

Следующий признак публичного договора – это установление цены товаров, а также иных условий публичного договора одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. При этом следует учитывать, что льготы эти должны предоставляться не конкретным индивидуумам, а именно отдельным категориям потребителей. Например, ветеранам или участникам Великой Отечественной войны, пенсионерам по возрасту или детям, и т.п. Вместе с тем в литературе в связи с этим высказываются мнения о необходимости изменения формулировки ст. 387 ГК РК в части возможности предоставления льгот по оплате цены товара не только в случае закрепления таких льгот в законодательстве, но и в случае установления льгот самим продавцом. Представляется, что так называемые «распродажи» могут служить примером применения льгот самим продавцом в договоре розничной купли-продажи. Поэтому в предыдущем разделе нами предложено внесение соответствующих изменений в статью 387 ГК РК.

Дополнительные к названным условия о цене товара в договоре розничной купли-продажи содержатся в ст. 453 ГК РК «Цена и оплата товара». Законодатели Казахстана и, например, Российской Федерации, не относят цену договора купли-продажи к его существенным условиям. Мы же поддерживаем точку зрения ученых о том, что цена является существенным условием данного договора, и полагаем обоснованным внесение об этом изменений в Гражданский кодекс. [230, с.94]

Розничные цены могут устанавливаться либо продавцом самостоятельно (свободные цены), либо государством в императивном порядке. Порядок, форма и способы оплаты устанавливаются соглашением сторон, допускается и наличная, и безналичная форма расчетов. В настоящее время в розничной продаже все шире применяется оплата товара посредством пластиковых карточек, что требует отдельного научного исследования.

Форма договора розничной купли-продажи регулируется нормами ст. 446 ГК РК, в соответствии с которой договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара, если иное не

установлено законодательными актами или договором розничной купли-продажи, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется покупатель (ст.389). Отсутствие у покупателя указанных документов не лишает его возможности ссылаться на свидетельские показания в подтверждение заключения договора и его условий.

Указание законодателя на «формуляры или иные стандартные формы» свидетельствует также о заключении договора розничной купли-продажи путем присоединения, что мы отнесли к следующему признаку публичного договора.

В юридической литературе сложилось, на наш взгляд, ошибочное представление о том, что форма договора розничной купли-продажи - устная. В частности, Н.Ю. Хорошавина, соглашаясь с таким мнением, полагает, что ни чек, ни иной документ, подтверждающий оплату товара по договору розничной купли-продажи нельзя признать письменной формой договора, так как они не удовлетворяют требованиям ст. 160 ГК РФ о письменной форме договора [228] (ст.152 ГК РК). Казахстанские авторы полагают, что рассматриваемый договор может заключаться как письменно, так и устно. [226, с.83]

Известный российский цивилист В.В. Витрянский утверждает, что рассматриваемый договор заключается в письменной форме. [152, с.84-85] Представляется, что буквальное толкование нормы ст. 446 ГК РК дает основание согласиться с мнением В.В. Витрянского, так как кассовый/товарный чек или иной «*документ*», а также «формуляры или иные стандартные формы» свидетельствуют скорее о письменной форме договора, чем об устной. Второе предложение из состава статьи 446 являет собой дополнение к предыдущей, более общей, норме, представляет собой исключение из общего правила, когда при отсутствии у покупателя «указанных *документов*» он имеет возможность ссылаться на свидетельские показания.

Момент заключения договора розничной купли-продажи определяется моментом оплаты товара, но факт оплаты не всегда подтверждается выдачей документов об этом. Ст.645 Налогового кодекса РК разрешает индивидуальным предпринимателям, работающим на основе патента, и крестьянским хозяйствам не использовать кассовые аппараты с фискальной памятью. [231] Но это исключение из общего правила.

Переходя к анализу иных признаков публичного договора, отметим, что публичный договор характеризуется также специально оговоренным законодателем порядком заключения договора. Особенность договора розничной купли-продажи как публичного договора проявляется в том, что у продавца существуют определенные обязанности перед покупателем еще до момента заключения договора, так называемые преддоговорные обязанности, которые регулируются в императивном порядке законодателем, в частности, изложены в п.5 ст.395 ГК РК о публичной оферте.

Для договора розничной купли-продажи в соответствии с п. 3 ст. 12 ЗРК «О регулировании торговой деятельности» выставление товаров, демонстрация их образцов или представление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков и тому подобное) в месте их продажи признаются публичной офертой независимо от того, указаны ли цены и другие существенные условия договора купли-продажи, за исключением случаев, когда продавец явно определил, что соответствующие товары не предназначены для продажи. Приведенная норма частично дублирует правила п.1 ст. 447 ГК РК «Публичная оферта товара». Причем оферта может быть как устной, так и письменной. Применение правила о публичной оферте относится еще к одному признаку публичного договора.

Гражданское уложение Германии (параграф 356) считает надлежащим также и заключение данного договора на основании рекламных проспектов и предоставляет покупателю право в таких случаях вернуть товар, т.е. право расторжения договора. [130, с.162]

Следующим признаком публичного договора является то, что в случаях, предусмотренных законодательными актами, Правительство РК может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров. Применительно к договору розничной купли-продажи в настоящее время такими подзаконными актами являются: Правила организации деятельности торговых рынков, [232] Правила внутренней торговли, [233] Правила осуществления электронной торговли в РК [234] и т.д.

Исследуя содержание договора, следует исходить из характеристики рассматриваемого договора как консенсуального, возмездного и взаимного, в свете его публичного характера и качеств договора присоединения.

По традиции начнем с рассмотрения обязанностей продавца. В соответствии с общими правилами о договоре купли-продажи, продавец обязан передать покупателю сам товар с документами и принадлежностями к нему (п.2 ст.408 ГК РК), в определенном месте, в согласованном количестве и ассортименте, качестве, комплектности и комплекте, свободным от прав третьих лиц, а также в соответствии со ст. 448 ГК РК продавец обязан представить покупателю необходимую и достоверную информацию о товаре, предлагаемом к продаже. В частности, информация о товаре, его потребительских свойствах, способе применения и т.д. должна излагаться на языке, доступном для покупателя, в первую очередь на государственном и/или русском языках. На основании п.2 ст.12 ЗПК «О регулировании торговой деятельности» при розничной продаже каждая единица товара должна быть упакована, расфасована, если иное не установлено законодательством или договором либо не вытекает из природы самого товара, что налагает соответствующую дополнительную обязанность на продавца. Закон «О регулировании торговой деятельности» содержит также иные обязанности продавца при розничной торговле (Глава 6).

Требования к самим товарам, являющимся объектом договора розничной купли-продажи, сформулированы в ст. 32 Закона, в соответствии с которой обращению на внутреннем рынке Республики Казахстан подлежат товары надлежащего качества, отвечающие требованиям безопасности и соответствующие нормативным документам, техническим условиям, утвержденным в установленном порядке.

Информация о требованиях к качеству товара должна содержаться на этикетках, ярлыках, листах-вкладышах. Хранение и перевозка товаров должны осуществляться в условиях, обеспечивающих сохранность их качества и соблюдение требований безопасности для потребления, в том числе соблюдение требований к предусмотренным условиям хранения в специально оборудованных помещениях, условиях перевозки в специально предназначенных для этих целей транспортных средствах, и в установленных случаях подтверждать соблюдение таких требований записями в соответствующих документах.

Продавцам запрещается осуществлять продажу товаров, изъятых из оборота; ограниченно оборотоспособных, без получения специального разрешения; подакцизных товаров, подлежащих маркиров-

ке в установленном порядке, без наличия на них акцизных марок или учетно-контрольных марок и т.д.

Правам продавца является требование полной и своевременной оплаты товара.

Покупатель вправе до заключения договора осмотреть товар, потребовать проведения в его присутствии проверки свойств или демонстрации использования товара, если это не исключено ввиду характера товара и не противоречит правилам, принятым в розничной торговле; требовать передачи товара в соответствии с условиями договора по количеству, качеству и цене.

Покупатель имеет право обмена непродуктового товара надлежащего качества (ст. 454 ГК РК), но некоторые товары не могут быть обменены на этом основании. Перечень товаров, которые не подлежат обмену или возврату по указанным выше основаниям, определяется постановлением Правительства РК [235] и является исчерпывающим. Однако на практике многие продавцы нарушают права покупателей и письменно предупреждают о том, что товары (любые) обмену и возврату не подлежат. В таких случаях действия продавцов должны автоматически признаваться недействительными.

Обязанность покупателя – принять и оплатить товар в соответствии с условиями договора.

Качество товаров, могущих быть объектами договора розничной купли-продажи, в настоящее время регулируется на уровне законодательных актов, к числу которых относятся Законы РК «О техническом регулировании», [237] «О безопасности игрушек», «О безопасности пищевой продукции», «О безопасности химической продукции», «О безопасности машин и оборудования» [238] и т.д.

Права и обязанности продавца и покупателя в рассматриваемом виде договора различаются также в зависимости от вида договора розничной купли-продажи. Так, Гражданский кодекс РК выделяет следующие их виды: розничная продажа с условием о принятии покупателем товара в определенный срок, продажа товаров по образцам (выставочным экземплярам, каталогам), продажа товара с использованием автоматов, продажа с условием о доставке товара покупателю, продажа в кредит, в рассрочку, розничная торговля путем сетевого маркетинга, продажа через общественных распространителей, продажа по почте и другие.

Как видно, в основу классификации договора розничной купли-продажи законодателем положены совершенно различные основания: способ вручения товара, момент заключения договора розничной купли-продажи, срок оплаты товара, обязанности доставки товара, момент перехода права собственности на товар, момент принятия товара, способ ознакомления покупателя с товаром и т.д. Все основания классификации договора обладают определенной спецификой, которая, по нашему мнению, заключается в публичном характере договора, а именно: в качестве оснований выделения отдельных видов договора розничной купли-продажи законодателем используются именно те его условия, при наличии которых определенные права и интересы покупателя наиболее уязвимы. Продавец в силу специфики своей деятельности обладает более сильными позициями в правоотношении, а покупатель является слабой стороной договора. Поэтому законодатель намеренно старается максимально четко разграничить права и обязанности сторон, момент перехода права собственности и связанных с ним рисков, и т.д.

Ответственность сторон в договоре розничной купли-продажи предусмотрена Гражданским кодексом и иными законодательными актами, в том числе и законодательством о защите прав потребителей. Так, если продавец не предоставит покупателю информацию о товаре, он несет ответственность и за те недостатки товара, возникшие после его передачи покупателю, в отношении которых покупатель докажет, что они возникли в связи с отсутствием у него информации (п.3 ст.448 ГК РК). Например, городское общество защиты прав потребителей (ОЗПП) обратилось в суд в интересах гражданина М., купившего импортный электробытовой прибор, который в течение 1 месяца вышел из строя. Продавец отказался добровольно удовлетворить требования покупателя о замене товара на другой, мотивируя тем, что покупатель не соблюдал инструкцию по использованию прибора, что явилось причиной порчи товара. Однако суд принял во внимание доводы ОЗПП о том, что Инструкция, приложенная к товару, была написана на английском, испанском и других языках, которыми покупатель не владел и поэтому он не мог получить необходимую информацию, а представитель продавца не разъяснил ему содержание инструкции и тем более не представил перевод ее текста. [239]

В случае продажи покупателю товара ненадлежащего качества, если при этом недостатки не были оговорены сторонами, применяются правила, предусмотренные п.1 ст.428 ГК РК. Покупатель по требованию продавца и за его счет может возвратить полученный товар ненадлежащего качества. При возврате покупателю уплаченной за товар денежной суммы продавец не вправе удерживать из нее сумму, на которую понизилась стоимость товара из-за полного или частичного использования товара, потери им товарного вида и т.п.

При замене товара ненадлежащего качества на аналогичный, но иной по размеру, фасону, сорту и т.п. товар надлежащего качества возмещению подлежит разница между ценой заменяемого товара в момент замены и ценой товара, передаваемого взамен товара ненадлежащего качества. Если требование покупателя не удовлетворено продавцом, эти цены определяются на момент вынесения судом решения о замене товара (п.2 ст.455 ГК РК).

В случае предъявления требования о соразмерном уменьшении покупной цены на товар в расчет принимается цена товара на момент предъявления требования об уценке, а если требование покупателя добровольно не удовлетворено, - на момент вынесения судом решения о соразмерном уменьшении цены. При возврате товара ненадлежащего качества продавцу покупатель вправе потребовать возмещения разницы между ценой товара, установленной договором, и ценой соответствующего товара на момент добровольного удовлетворения требования покупателя, а если требование добровольно не удовлетворено, - на момент вынесения судом решения.

Тем самым еще один признак публичного договора – применение законодательства о защите прав потребителей, четко прослеживается в договоре розничной купли-продажи.

Помимо гражданско-правовой ответственности, продавец в договоре розничной купли-продажи может быть привлечен и к иным видам юридической ответственности. Публичный характер деятельности продавца повлек установление государством средств защиты интересов потребителей не только гражданско-правовыми методами, но и публично-правовыми методами.

Так, ст. 159 Кодекса РК «Об административных правонарушениях» (далее – КРКоАП) предусматривает административную ответственность продавца и его представителей за обман потребителей

путем обмеривания, обвешивания, обсчета, введения в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара (услуг) или иной обман потребителей. Кроме того, административная ответственность продавца предусмотрена и статьями 161, 161-1 и 162 КРКоАП. [81]

Тем самым, законодатель в Гражданском кодексе и в других нормативных правовых актах довольно детально регламентирует как общие правила о договоре розничной купли-продажи, так и правила об отдельных видах рассматриваемого договора. В этом проявляется вмешательство государства в договорные правоотношения, что характерно именно для категории публичных договоров в гражданском праве. Тем самым особенностью законодательства о розничной купле-продаже является императивный характер большинства его норм и комплексный характер рассматриваемого законодательства, сочетание частных и публичных начал правового регулирования. Вместе с этим необходимо подчеркнуть, что стремление урегулировать гражданско-правовые отношения путем предписаний не характерно в целом для современного казахстанского гражданского права, а применяется только для категории публичных договоров, к которым относится и договор розничной купли-продажи.

Договоры энергоснабжения

Договоры электроснабжения и теплоснабжения

В настоящее время договор энергоснабжения рассматривается как разновидность договора купли-продажи, но с присущими ему особенностями. Термином «энергоснабжение» обозначают правоотношения по снабжению электрической энергией, тепловой энергией, водой, газом и нефтепродуктами через присоединенную сеть, которой именуется система проводов, трубопроводов и других технических устройств, посредством которой энергия и энергоносители как товар передаются конечным покупателям от продавца (если воспользоваться родовыми понятиями субъектов договора купли-продажи). До недавнего времени в юридической литературе существовали полярные точки зрения по поводу того, относятся ли договоры теплоснабжения, водоснабжения и газоснабжения через присоединенную сеть к договорам энергоснабжения и можно ли к ним применять нормы параграфа 5 Главы 25 ГК РК или аналогичного пара-

графа, например, ГК Российской Федерации? Но в последние годы даже на законодательном уровне и в науке гражданского права признано, что данные договоры являются видами договора энергоснабжения, а, следовательно, и публичными договорами.

ЗРК «Об электроэнергетике» определяет розничный рынок электрической энергии как систему отношений, функционирующую на основе договоров (купли-продажи, передачи и потребления электрической энергии, а также предоставления связанных с этим услуг) между субъектами розничного рынка электрической энергии вне оптового рынка. Под розничным рынком тепловой энергии тот же Закон определяет систему отношений участников производства, передачи и потребления тепловой энергии, функционирующую на основе договоров (ст. 1). [215]

Поскольку потребление энергии и энергоносителей производится индивидуально, то собственно договором энергоснабжения имеют отношения по поводу снабжения энергией и энергоносителями между энергоснабжающей/энергопередающей организацией и абонентом (потребителем).

Кроме того, термин «энергоснабжение» применяется в настоящее время для обозначения правоотношений между самими энергопроизводителями, энергопередающими и энергоснабжающими организациями, а область правоотношений между ними именуется «оптовый рынок» применительно к электроснабжению. Каждая из этих двух сфер в свою очередь опосредуется различными договорами, основные из которых выделены нами еще в 2000 г. [241] В законодательстве Республики Казахстан понятие «оптовый рынок» впервые появилось в 1999 г. и наша работа в этом плане явилась по существу первым в то время научным осмыслением данного явления, как и защищенная в январе 2002 г. диссертация на эту же тему. [240; 241]

Поэтому следует отметить, что параграф 6 Главы 25 ГК РК регулирует отношения только между первой группой субъектов, то есть на розничном рынке. К оптовому рынку нормы указанного параграфа не применяются. В отличие от этого, Закон РК «Об электроэнергетике» регулирует общественные отношения в области электроснабжения и теплоснабжения как на оптовом, так и на розничном рынках.

Нами неоднократно предлагалось внести в ст. 482 ГК РК дополнение о том, что действие параграфа шестого Главы 25 ГК РК рас-

пространяется только на субъектов розничного рынка энергоснабжения, в настоящее время это предложение также остается актуальным. За 10 с лишним лет после введения понятий «оптовый рынок» и «розничный рынок» энергоснабжения появились научные разработки данного вопроса и наше предложение поддерживается также другими исследователями. Так, И.В.Елисеев и Э.О.Мамедова отмечали, что сфера применения договора энергоснабжения в действующем Гражданском кодексе оказывается очень узкой, не охватывает всего комплекса экономических отношений в процессе производства, передачи, распределения и сбыта энергии. [242, с.82; 243, с.220] Какие-либо иные договоры по передаче и распределению электрической энергии Гражданский кодекс не предусматривает, видимо, поэтому М.К.Сулейменов в свое время полагал, что эти отношения могут подпадать по действие договора имущественного найма сетей. Однако в настоящее время уже признана необходимость обособленного регулирования договоров по передаче и распределению электрической энергии, по технической диспетчеризации, и т.д. Но до законодательного решения данного вопроса, по свидетельству исследователей, судебная практика пошла по неверному пути распространения норм о договорах энергоснабжения на более широкий круг общественных отношений. [243, с.220] В Российской Федерации сразу после принятия нового ФЗ «Об электроэнергетике» в целях адекватного правового регулирования данных общественных отношений были внесены изменения в Гражданский кодекс (п.4 ст.539). [244, с.94-95]

Несмотря на различную юридическую природу взаимоотношений субъектов на энергетическом рынке, основной целью вступления всех субъектов в договорные взаимоотношения является в конечном счете удовлетворение интересов потребителей, а посредством их - и всего общества в получении энергии и энергетических ресурсов. Тем самым необходимо учитывать, что еще на стадии производства энергии и ресурсов указанная нами цель уже четко обозначается, и все дальнейшие договорные отношения служат только этой цели. То есть действия всех субъектов оптового и розничного рынков становятся последовательно взаимосвязанными и взаимообусловленными. Особенно ярко эта связь проявляется в снабжении электрической энергией.

Следует отметить, что сфера энергоснабжения, наряду с услугами канализации, мусороудаления и лифтового хозяйства относится к сфере так называемых коммунальных услуг. Поэтому дополнительно к Правилам пользования электрической и тепловой энергией применяются и Правила предоставления коммунальных услуг. [245] Хотя такие на самом деле «услуги», как мусороудаление, канализование и лифтовое хозяйство не нашли правового закрепления ни в одном из нормативных правовых актов.

В настоящей части работы мы рассмотрим договор электроснабжения в его прямом значении, то есть на розничном рынке энергоснабжения, поскольку Он является наиболее востребованным, имеющим наибольший публичный интерес, распространенным как в городской, так и сельской местности.

Договор электроснабжения - это соглашение сторон, по которому энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть электрическую энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении электрических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии.

Электрическая и тепловая энергия очень тесно взаимосвязаны, так как электрическая энергия может вырабатываться и тепловыми электростанциями. Видимо поэтому в законодательных актах последних лет термин «электроэнергетика» понимается как сфера производства, передачи, распределения электрической и тепловой энергии, имея в виду производительность теплоэнергетики от электроэнергетики. Например, в качестве *электропроизводящих* организаций в законодательстве названы организации, осуществляющие производство электрической и *тепловой* энергии, и в качестве энергоснабжающих организаций – организации, осуществляющие продажу потребителям произведенной или купленной электрической и (или) тепловой энергии. Тем самым доминирующая роль возложена на электрическую энергию, производство которой неразрывно связано и с производством тепловой энергии. Сказанное дает основание рассматривать договоры снабжения электрической и тепловой энергией в одном разделе.

Казахстанский законодатель четко закрепляет норму о публичности договора энергоснабжения (п.2 ст.482 ГК, п.5 ст.18 ЗРК «Об электроэнергетике»). Поэтому организации энергоснабжения не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством.

В отличие от начала XX века, нынешний век без электричества просто немыслим. Даже временное отсутствие электрической энергии буквально парализует и быт, и производство, тем самым четко прослеживается воздействие объекта данного договора и на каждого, и на всех, подчеркивая публичный характер деятельности энергоснабжающих организаций. С данной характеристикой договора связаны право потребителей-абонентов требовать заключения договора при необоснованном отказе от его заключения и противостоящая такому праву обязанность энергоснабжающей организации заключить договор с каждым, кто имеет присоединенные сети и необходимую аппаратуру.

Характеризуя публичный характер договора энергоснабжения, В.А. Семенов пишет, что идея публичного договора в энергоснабжении гармонирует с правом каждого человека на доступ к электрической энергии, вытекающего из принципа уважения прав и свобод человека. Электрическая энергия не просто товар, но и необходимое условие достойной человеческой жизни, а поэтому обеспечение граждан электрической энергией составляет социальную функцию государства и общества. [246, с.30] Мы полагаем, что недостатки в правоприменении норм о договоре энергоснабжения могут повлечь негативные социальные последствия, оказать отрицательное воздействие на правопорядок в обществе в целом, что подтверждает наше мнение о социальном характере публичного договора. П.2 ст. 18 ЗРК «Об электроэнергетике» гласит, что договоры, заключаемые на розничном рынке, обязаны содержать равные условия для всех участников розничного рынка электрической и тепловой энергии. Тем самым признак публичного характера деятельности обязанной стороны в договорах электро- и теплоснабжения становится очевидным.

Рассмотрим особенности субъектного состава договора электро-снабжения. «Правила организации и функционирования рознично-

го рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке» субъектами розничного рынка называют энергопроизводящие организации, региональные электросетевые компании, энергопередающие организации; гарантирующего поставщика электрической энергии; энергоснабжающие организации; розничных потребителей. Для осуществления деятельности по энергоснабжению энергоснабжающая организация должна иметь лицензию (ст. 12 ЗРК «О лицензировании») [247] на право занятия данным видом деятельности; электрические, тепловые сети, регулирующую аппаратуру, приборы учета потребляемой продукции, преобразующие устройства (например, трансформаторы) и т.д., а также соответствующим образом укомплектованные штаты.

Причем сети энергоснабжающих организаций должны быть присоединены к сетям другой стороны договора - абонентов. Данный вывод истекает из смысла и содержания ст. 482 ГК РК. Однако действующий ЗРК «Об электроэнергетике» предусматривает, что в качестве энергоснабжающей организации могут выступать организации, осуществляющие продажу потребителям произведенной *или купленной* электрической и (или) тепловой энергии. Аналогичное определение дано и в ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» от 10.03.1995г. [248] Тем самым законодатель специальным законом изменяет норму Гражданского кодекса о необходимости энергоснабжающей организации иметь присоединенные сети. До принятия настоящего Закона в Казахстане РЭКи категорически выступали против создания организаций-перепродавцов (трейдеров), мотивируя тем, что они не имеют никаких основных фондов, в том числе сетей и иного оборудования, не несут никаких накладных расходов, их ценовая политика не регулируется антимонопольными органами, они регистрируются в виде субъектов малого бизнеса и необоснованно получают прибыль. Новый Закон обязал субъектов, имеющих сети, не отказывать в заключении договоров о передаче энергии для таких трейдерных компаний. Поэтому такие формально «энергоснабжающие организации» имеют возможность присоединения к сети абонентов.

На практике энергоснабжающая организация именуется в договорах и в подзаконных нормативно-правовых актах также «Поставщиком» и «Услугодателем», что представляется не совсем корректным.

Абонентами, или потребителями являются как граждане, так и юридические лица, получающие электрическую и тепловую энергию через присоединенную сеть. Энергия применяется и юридическими, и физическими лицами также и для производственных (предпринимательских) целей. «Правила организации и функционирования розничного рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке» под розничными потребителями понимают потребителей, подключенных непосредственно к электрическим сетям региональной электросетевой компании или к сетям иных организаций, владеющих электрическими сетями, и получающих электроэнергию на розничном рынке. [176] Договоры о снабжении электрической и тепловой энергией через присоединенную сеть на розничном рынке рассчитаны на массового потребителя, что характеризует субъектный состав именно в публичных договорах.

Потребители электрической энергии на розничном рынке, в зависимости от цели использования электрической энергии, делятся на потребителей, использующих электроэнергию исключительно на освещение и другие нужды, не связанные с производством, и использующих для производства товаров, работ и предоставления услуг.

В энергоснабжении отдельно выделяются потребители, называемые «объектами непрерывного энергоснабжения» (хотя точнее было бы сказать: «владеющие объектами, требующими непрерывного энергоснабжения»), порядок снабжения которых регулируется «Правилами и условиями об энергоснабжении потребителей, имеющих аварийную бронь». [249]

Тем самым договоры электро- и теплоснабжения соответствуют и второму выделенному нами признаку – особому субъектному составу, где обязанной стороной является коммерческая организация или индивидуальный предприниматель, а потребителем выступают как юридические, так и физические лица, получающие энергию как для личных, бытовых надобностей, так и для производственных, коммерческих целей и отличаются большим их количеством.

Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора электро- и теплоснабжения устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Такие льготы устанавливаются Правительством

либо местными представительными органами, но затраты энерго-снабжающих организаций при этом подлежат возмещению из соответствующего бюджета.

Рассматриваемые договоры должны соответствовать типовым договорам, правилам, обязательным для сторон при заключении и исполнении договора, что характерно для публичных договоров. Условия публичного договора, не соответствующие указанным правилам, недействительны (п.4 ст. 387 ГК РК).

Форма договора электро- и теплоснабжения предусматривается простая письменная, путем подписания сторонами одного документа в двух экземплярах, но путем присоединения абонента к разработанному энергоснабжающей организацией варианту оферты. К нему прилагаются: акты разграничения балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности сторон; акт экспертной организации по обследованию технического состояния электроустановок потребителя, при необходимости акт аварийной и (или) акт технологической брони, а также иные документы, составленные в установленном порядке энергоснабжающей (энергопередающей) организацией. Неотъемлемыми приложениями к договору теплоснабжения с юридическими лицами помимо названных являются: данные о присоединенных к тепловой сети субабонентах; максимальная часовая нагрузка, теплотребление, количество возвращаемого конденсата. Последние два условия могут включаться и непосредственно в текст договора без составления отдельного приложения. Отныне письменная форма является обязательной и для договора энергоснабжения в отношениях с абонентами-гражданами, использующими энергию и энергоресурсы для бытовых целей. Отсюда налицо еще один основной признак договора – заключение его способом присоединения к оферте, предложенной обязанной стороной.

В Казахстане, как в России и других государствах, сфера энерго-снабжения регулировалась и ныне регулируется помимо законодательных актов многочисленными подзаконными нормативными актами, в частности, Правилами пользования электрической энергией и Правилами пользования тепловой энергией; Правилами организации и функционирования розничного рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке и т.д.

Тем самым в договорах электро- и теплоснабжения присутствует выделенный нами еще один признак – урегулирование правоотношения типовыми договорами и правилами.

На практике договоры о снабжении электрической и тепловой энергией через присоединенную сеть заключаются с потребителями - юридическими лицами на 1 год. При отсутствии заявления одной из сторон о прекращении или изменении договора энергоснабжения по окончании срока он считается продленным на тот же срок и на тех же условиях. При продлении договора на новый срок его условия могут быть изменены соглашением сторон (п.3 ст.483 ГК РК). Правила предоставления коммунальных услуг, как и Гражданский кодекс, также предусматривают, что для граждан-потребителей данные договоры считаются заключенными на неопределенный срок (ч. 4 п.4).

До окончания срока действия уже заключенного договора любая сторона может внести новую оферту. В этом случае отношения сторон до заключения нового договора регулируются ранее заключенным договором (п.4 ст. 483 ГК РК). Это вызвано многочисленностью потребителей, длительным характером договорных связей и непрерывным характером энергоснабжения. Комментируемые нормы устраняют возможную неопределенность в отношениях между абонентами и снабжающими организациями на период перезаключения договоров. [250, с.131]

Для заключения договора о снабжении электрической и тепловой энергией необходимо обязательное наличие у потребителей определенных технических предпосылок, то есть потребители должны для этого иметь соответствующие технические средства: сеть электрических проводов, которые должны быть присоединены к сети снабжающей организации (п.1 ст. 483 ГК РК). Кроме того, у потребителей тоже должна быть регулирующая аппаратура, приборы учета потребляемой продукции, преобразующие устройства (например, трансформаторы) и т.д. Наличие или отсутствие технических предпосылок, исправность или готовность технических устройств определяется и удовлетворяется снабжающей стороной. Она имеет не только право проверять уже существующие технические средства, но и контролировать проектирование и сооружение соответствующих сетей или установок и давать или не давать разрешение на присоединение их к своей сети.

Описанные положения свидетельствуют об особой роли преддоговорных отношений в публичном договоре и наличии публичной оферты, что мы отнесли к признаку данного договора.

Особая роль в энергоснабжении отводится органам Министерства РК по чрезвычайным ситуациям, так как объекты энергетики относятся к источникам повышенной опасности и требуют постоянного контроля и надзора со стороны государственных органов. В связи с отнесением энергоснабжающих и энергопередающих организаций к субъектам естественной монополии значительная роль в правовом регулировании их деятельности отводится Агентству РК по регулированию естественных монополий.

В силу естественного монополизма энергоснабжающей стороны другая сторона – потребитель - на практике оказывается в постоянном зависимом положении, что прослеживается и при анализе хозяйственной и судебной практики. По мнению В.В. Витрянского, иногда различие профессионального статуса, материального положения и других обстоятельств достигают степени несопоставимости, когда один из участников договора не располагает никакими возможностями оказывать какое-либо влияние на контрагента И напротив, другая сторона, располагая всеми реальными возможностями, в состоянии диктовать партнеру свою волю. [17, с.793]

Дополнительные права и обязанности энергоснабжающей организации как субъекта естественной монополии будут рассмотрены нами в специальном подразделе работы о договорах в данной сфере.

Определяющими для характеристики объекта договора в гражданском праве являются количество и качество объекта. В зависимости от непосредственного объекта качество товара имеет разные характеристики: определенной мощности, напряжения, постоянное наличие в сети. Качество электрической энергии определяется показателями частоты, измеряемой в герцах, и напряжения, измеряемого в вольтах. Тепловая энергия должна быть в виде пара или горячей воды определенного давления, температуры, круглосуточно в течение отопительного сезона, а для граждан она также должна соответствовать санитарным нормам, определяющим температуру воздуха в жилых помещениях; соответствовать поддерживаемому температурному графику, показателям

безопасных и качественных характеристик сетевой воды. Качество устанавливается показателем максимума тепловой нагрузки в гигакалориях/час.

Несмотря на право абонента-предпринимателя изменять количество принимаемой им энергии, определенное договором, при условии возмещения им расходов, понесенных энергоснабжающей организацией в связи с обеспечением подачи энергии не в обусловленном договором количестве (п.2 ст. 484 ГК РК), энергоснабжающие организации практически во всех изученных нами договорах включали условие об уплате штрафных санкций за потребление сверхдоговорных величин энергии и энергоресурсов.

Полагаем, что при разумном подходе обеих сторон к решению данной проблемы отказа от оплаты сверхдоговорных величин не предвидится. В случае же неоплаты абонентом таких расходов снабжающей организации их можно всегда взыскать в качестве убытков, понесенных снабжающей стороной. Потребитель должен оплатить снабжающей организации расходы, стоимость которых и их обоснованность должна доказать энергоснабжающая сторона. Б.Н. Сейнарсев считает, что так как по новому гражданскому законодательству неустойка носит зачетный характер, то убытки должны возмещаться в части, не покрытой неустойкой, а взыскание многократных размеров штрафов вступает в противоречие с природой зачетной неустойки и представляется противоречащей здравому смыслу и новому договорному праву. [250, с.122]

По нашему мнению, при взимании стоимости энергии, превышающей договорные величины, энергоснабжающие организации должны взимать не штрафные тарифы, а делать это на основе составления калькуляции затрат, понесенных в связи с обеспечением подачи энергии в не обусловленном договором количестве. Поскольку случаи превышения потребителями договорных величин энергии на практике встречаются не так уж часто, это не будет обременением для снабжающих организаций и даст возможность абонентам получить необходимое им количество энергии за разумную плату. Абонент обязан оплатить фактически потребленную сверх договорной мощность, а в дальнейшем вносить об этом изменения в договор или получать в каждом случае разрешение снабжающей (передающей) организации. Это мнение подтверждается и тем, что ответствен-

ность за нарушение условий договора о количестве законодатель устанавливает только для энергоснабжающей организации.

Если абонент – гражданин, то он вправе использовать энергию и другие ресурсы в необходимом ему количестве. При отсутствии приборов учета количество энергии и потребленных ресурсов определяется расчетным путем.

Закон «О естественных монополиях и регулируемых рынках» и Правила предоставления коммунальных услуг устанавливают, что обязанность по установке приборов учета возлагается на энергоснабжающие и энергопередающие организации, причем последний срок для завершения установки счетчиков тепловой энергии и воды был предусмотрен до 1.01.2009 г. [251] В качестве дополнительной обязанности энергоснабжающие организации как субъекты естественной монополии должны обеспечивать прием платежей от потребителей за предоставляемые им регулируемые коммунальные услуги (товары, работы) через собственные кассы, а также банки и организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций.

Цена договора энергоснабжения и имущественная ответственность за неисполнение обязанностей по оплате энергии и ресурсов имеют в настоящее время особую актуальность в связи с тем, что потребление энергии и иных энергоресурсов через присоединенную сеть являются одновременно получением коммунальных услуг для удовлетворения ежедневных бытовых потребностей всего населения государства, имеют социальное значение. Однако стоимость указанных услуг за последние 20 лет выросла неимоверно и составляет значительную долю расходов основной части населения и юридических лиц.

В отличие от Казахстана, в России в сфере энергоснабжения в 90-ые годы XX века были приняты законодательные меры для улучшения положения населения. В частности, нормы об этом закреплены в ФЗ «Об основах федеральной жилищной политики», Постановлениях Правительства РФ от 2.08.1999 г. № 887 «О совершенствовании системы оплаты жилья и коммунальных услуг и мерах по социальной защите населения» и №888 «Об утверждении Положения о порядке предоставления гражданам субсидий на оплату жилья и коммунальных услуг», а также в ФЗ «О газоснабжении в РФ». [252]

Поскольку договор энергоснабжения – это в первую очередь публичный договор, то действующее законодательство довольно подробно регламентирует права и обязанности сторон. Права, обязанности и ответственность сторон помимо законодательных актов, регламентированы Правилами пользования электрической и тепловой энергией [253] и Правилами предоставления коммунальных услуг. [245] Кроме того, Гражданские кодексы Казахстана и России в главах, посвященных договору энергоснабжения, неоднократно применяют формулу: «...если иное не предусмотрено договором». Например, ч.2 пункта 2 ст. 483, ст. 485, п.2 ст. 486, пункты 1 и 2 ст. 488, п.2 ст. 489, п.1 ст. 490, п.2 ст. 492 ГК Казахстана и аналогичные нормы ГК России. Иными словами, помимо законодательных актов, правовое регулирование отношений по энергоснабжению может осуществляться и соглашением сторон в части, не урегулированной нормативными правовыми актами, а отсюда и возникают злоупотребительные условия.

К правам энергоснабжающих и энергопередающих организаций, характерным для всех видов энергоснабжения на розничном рынке, следует отнести: право требовать своевременной и полной оплаты за поставленную по присоединенной сети энергию и ресурсы и применять предусмотренные договором меры в случае нарушения сроков платежей или неплатежей; приостанавливать предоставление услуг по энергоснабжению в связи с невыполнением потребителем обязанностей по срокам оплаты; осуществлять контроль за потреблением услуг путем проведения осмотров состояния внутридомовых сетей, инженерного оборудования и устройств у потребителя; контролировать приборы учета и другие технические устройства; в случае предварительной оплаты услуг предоставлять абоненту скидку с действующих тарифов; давать разрешение абонентам на присоединение к сетям. Для этого снабжающая организация обязана выдать потребителю технические условия на присоединение. Более того, ей же предоставлено право наблюдать даже за проектированием и сооружением соответствующих сетей и установок и давать разрешение на присоединение их к своей сети.

Установление иных прав и обязанностей зависит от вида абонентов - юридические лица это или физические лица. Обязанности энергоснабжающих организаций в отношениях с потребителями, явля-

ющимися юридическими лицами, несколько отличаются в связи со спецификой юридических лиц как субъектов гражданских правоотношений. Более подробно здесь приводить мы их не будем.

Анализируя права абонентов-граждан в договорах энергоснабжения, следует исходить из того, что в первую очередь на них распространяется действие Закона «О защите прав потребителей». Причем отметим, что законодатель здесь некорректно применяет термины «услуги», «услугодатель». Так, потребители энергии имеют право:

- получать услуги установленного качества и безопасные для жизни и здоровья, не причиняющие вреда их имуществу;

- получать информацию о порядке установления цен на услуги от соответствующих государственных органов, которые осуществляют контроль этих показателей;

- требовать от услугодателя возмещения в полном объеме убытков и вреда, причиненного жизни, здоровью или имуществу вследствие недостатков в предоставлении услуг, а также морального ущерба в размере, определяемом судом;

- не производить оплату услуг в случае невыставления счета и на время перерывов сверх установленных договором, а также в случае несоответствия товара по качеству требованиям нормативно-технической документации;

- предъявить требование (претензию) на устранение выявленных недостатков в установленные договором сроки;

- обращаться в случае нарушения качества услуг к услугодателю, в местные органы по защите прав потребителей, государственные органы управления, осуществляющие контроль за безопасностью и качеством предоставленных услуг для потребителя;

- использовать энергию в необходимом количестве при условии своевременной оплаты;

- расторгнуть договор в одностороннем порядке при условии уведомления об этом энергоснабжающей организации и полной оплаты использованной энергии (п. 33 Правил предоставления коммунальных услуг);

- обращаться в судебные органы для решения спорных вопросов, связанных с заключением и исполнением договоров.

Потребители-граждане обязаны: заключить индивидуальный договор с услугодателем; соблюдать правила техники безопасности при

пользовании энергией и ресурсами; обеспечивать доступ представителей услугодателя или специализированных предприятий, имеющих право работы с установками электро-, теплоснабжения, канализации для устранения аварий, осмотра приборов учета и контроля; своевременно, в установленные сроки оплачивать энергию и ресурсы; при выезде из квартиры или индивидуального жилого дома произвести расчет по день выезда. Приборы учета должны располагаться в местах, обеспечивающих беспрепятственный доступ для их осмотра контролером энергопередающей организации.

В договорах теплоснабжения, в отличие от других договоров энергоснабжения, предусматривается обязанность абонента - юридического лица возвращать согласованное расчетное количество конденсата, сетевой воды не выше установленного договором предела, то есть отработанного пара или горячей воды. Это обусловлено тем, что тарифы на отпускаемую юридическим лицам тепловую энергию устанавливаются исходя из полного возврата конденсата и сетевой воды соответствующей графику температуры. В случае невозврата конденсата или сетевой воды или возврата перегретого теплоносителя потребители – юридические лица возмещают затраты энергоснабжающей организации.

Кроме того, потребители обязаны также соблюдать расход теплоносителя в точке присоединения не более расчетной величины, своевременно произвести ремонт своих тепловых сетей, по возможности приурочив их ко времени ремонта сетей энергоснабжающей организации; совместно с представителями энергоснабжающей организации проводить опломбирование спускных кранов, арматуры, контрольно-измерительных приборов, обеспечивать сохранность установленных пломб; иметь дополнительные чертежи и паспорта всех тепловых сетей и теплопотребляющих установок, а также инструкции по их эксплуатации; обеспечивать обслуживание систем теплоснабжения подготовленным персоналом, периодически проводить проверку его знаний.

В связи с публичным характером договора и повышенной опасностью деятельности по производству и применению электрической и тепловой энергии на потребителей также возлагаются и иные обязанности, детально регламентированные Правилами 2000 и 2005 года.

Если теплопотребляющие установки абонента присоединены к сетям теплоснабжающей организации, но договор со снабжающей организацией не заключен, это не освобождает потребителя от обязанности оплаты потребленной энергии. В Казахстане такая ситуация разрешается судами путем рассмотрения исков о возмещении убытков. [179, с.93]

Особенностью договора энергоснабжения является непрерывность снабжения энергией потребителей с тем, чтобы они могли в любое время получить ее из сети снабжающей организации. Потребление энергии является правом, а не обязанностью абонента. Поэтому понятие невыборки для энергии не должно применяться. Об этом говорит и Б.Н. Сейнарсев. [250, с.121] Несмотря на это, снабжающие организации и ныне продолжают включать в договоры условие об ответственности абонентов за невыборку энергии, например: за «снижение покупки электроэнергии по вине абонента более чем на 2 процента последний оплачивает энергоснабжающей организации стоимость недоотпущенной электроэнергии» или: «за невыборку теплоэнергии более чем на 5 процентов против указанной в договоре абонент оплачивает снабжающей организации стоимость недоотпущенной тепловой энергии».

Если потребитель отключен в установленном порядке за неоплату использованной им электроэнергии, то подключение его производится энергопередающей организацией после погашения долга и оплаты услуги за подключение.

При обнаружении представителями энергопередающей организации повреждения расчетных приборов учета по вине потребителя, нарушения или отсутствия пломбы, повреждения стекла и корпуса, самовольного присоединения потребителем электроустановки помимо расчетных приборов учета, изменения схемы включения приборов учета, энергопередающая организация в установленном порядке отключает потребителя от электросети и производит перерасчет расхода электроэнергии по фактической максимальной нагрузке или присоединенной мощности электроустановок потребителя и числу часов работы потребителя за все время со дня последней замены расчетных приборов учета или инструментальной проверки схемы коммерческого учета. Судебной практике известно множество таких случаев. [179, с.94]

Сама энергоснабжающая сторона обязана не просто передавать определенную продукцию, как в договоре поставки, а постоянно передавать ее в сеть, чтобы у покупателя всегда была возможность получить эту продукцию.

Особенностью исследуемых видов договоров энергоснабжения через присоединенную сеть является также то, что процесс передачи энергии всегда сопровождается потерей определенной части энергии: тепла, электричества, воды, газа. Это происходит в силу естественных свойств энергии и энергоносителей, а также в силу ненадлежащего содержания сетей как энергоснабжающими организациями, так и потребителями. На практике затраты на потери энергии перекладываются на потребителей. [179, с.94]

Неисполнение обязанностей абонентами выражается в полной неоплате стоимости потребленной энергии или энергоресурсов, а ненадлежащее исполнение – в несвоевременной или неполной оплате. Неисполнение со стороны снабжающих организаций означает неподачу в сети абонентов энергии или ресурсов. Ненадлежащее же исполнение снабжающей стороны – это передача некачественной энергии или ресурсов, а также неполная или несвоевременная передача энергии и ресурсов. Учитывая, что особенностью договора электроснабжения является непрерывность снабжения, неподача в сети потребителей энергии или ресурсов на практике является прекращением или приостановлением действия договора. Основания для этого должны быть очень уважительными, предусмотренными законом или договором, и с соблюдением заранее предусмотренной процедуры. Что касается передачи некачественного товара, то данное нарушение условий договора выражается в подаче электричества ненадлежащего напряжения, мощности; подаче тепловой энергии ненадлежащей температуры и давления. Специфическими нарушениями со стороны снабжающей организации являются такие нарушения, как перерывы в подаче энергии или энергоресурсов, влекущие различные неблагоприятные последствия для абонентов. Особенно серьезные отрицательные последствия влекут указанные нарушения в договорах электроснабжения. Так, вследствие несоблюдения режима подачи электроэнергии (перепад частоты тока, напряжения) имеются факты повреждения бытовой техники, в частности, холодильников и телевизоров. По искам потребителей на основа-

нии заключений соответствующих экспертиз причиненный потерпевшим гражданам ущерб в основном возмещается на основании решений судов.

Кроме того, судебная практика богата и примерами о причинении убытков юридическим лицам в результате ненадлежащего исполнения договора энергоснабжения со стороны снабжающей организации.

Ответственность энергоснабжающей организации как предпринимателя должна строиться на началах риска, поэтому ответственность может наступать также в случаях вынужденной остановки ее оборудования и сетей, внепланового ремонта и других технологических нарушений, своевременно не согласованных с потребителями и не предусмотренных в договоре на энергоснабжение. Такое нарушение поставщика, как перерыв энергоснабжения, нельзя отождествлять с недоотпуском или недопоставкой электроэнергии. В результате перерывов в подаче электроэнергии у потребителей, являющихся производственными предприятиями, нарушается иногда весь технологический цикл, возникает простой производственных процессов, поломка оборудования и т.п. Запуск производства, технологических линий после перерыва подачи энергии в силу технических и технологических особенностей влечет потребление электроэнергии в единицу времени в несколько раз больше, чем при обычном стабильном режиме работы. Поэтому «недоотпуска» электроэнергии после перерыва в его подаче может и не быть, а убытки потребителя оказываются несоизмеримыми с предусмотренной возможностью взыскания договорной неустойки. Причем потребитель может требовать полного возмещения причиненных ему убытков только в случае полной оплаты за потребленную электрическую энергию, что в современных условиях представляется довольно проблематичным для предпринимателей.

Энергоснабжающая организация не несет материальной ответственности перед потребителем за отпуск электроэнергии пониженного качества за те сутки, в течение которых потребитель не соблюдал установленный режим электропотребления, допускал превышение договорной величины потребления электрической энергии и мощности; за отпуск электроэнергии повышенного или пониженного уровня напряжения против пределов, указанных в договоре, если потре-

битель не выдерживает своими компенсирующими установками оговоренные в договоре значения реактивной мощности (энергии), потребляемой из сети энергоснабжающей организации. За недоотпуск электрической или тепловой энергии и снижение параметров теплоносителя снабжающая организация не несет ответственности в случаях стихийных явлений; неправильных действий персонала потребителя или посторонних лиц; наличия условий ограничения или прекращения подачи электрической или тепловой энергии.

Особенностью договоров энергоснабжения является то, что энергия должна поставляться (передаваться) постоянно, бессрочно, а поэтому исполнение договора не влечет за собой прекращение его действия. Другим из позитивных оснований можно назвать прекращение договора энергоснабжения по соглашению сторон. Предусмотренные гражданским законодательством иные позитивные основания прекращения договорных обязательств к договорам энергоснабжения применяться не могут, в частности, он не может быть прекращен новацией, предоставлением отступного, прощением долга.

Прекращение рассматриваемых договоров по негативным основаниям происходит в основном вследствие виновного поведения (действия или бездействия) контрагента.

Так, в соответствии с п.53 Правил пользования электрической энергией энергоснабжающая и (или) энергопередающая организации, предупредив потребителя в установленном порядке, прекращают полностью или частично подачу ему электроэнергии в случаях отсутствия оплаты за электроэнергию в установленные договором сроки; нарушения установленного договором режима электропотребления; аварийной ситуации.

Энергоснабжающая и (или) энергопередающая организации незамедлительно прекращают полностью подачу потребителю электроэнергии в случаях самовольного присоединения приемников электроэнергии к сети; присоединения приемников электроэнергии помимо приборов учета; снижения показателей качества электроэнергии по вине потребителя до значений, нарушающих функционирование электроустановок энергопередающей организации и других потребителей; недопущения представителей энергоснабжающей и (или) энергопередающей организаций к коммерческим приборам учета (п.54 Правил).

Потребителю невыгодно прекращение договора энергоснабжения, так как в силу естественного монополизма энергоснабжающих организаций других энергоснабжающих организаций в регионе нахождения абонента, как правило, не имеется и на практике расторжение договора по инициативе потребителя не встречается, даже при явно виновном поведении снабжающей организации и причинении абоненту значительных убытков. Чаще этим правом пользуются сами энергоснабжающие организации, отключая абонентов от своих сетей за различные нарушения условий договора.

Общие условия ответственности сторон по договору энергоснабжения закреплены законодателем в ст.491 ГК РК. Так, в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору энергоснабжающая организация или абонент обязаны возместить причиненный этим реальный ущерб. Если в результате регулирования режима потребления энергии, осуществленного на основании законодательства, допущен перерыв в подаче энергии абоненту, энергоснабжающая организация несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств при наличии вины. Хотя в соответствии с п.2 ст.359 ГК РК предприниматели несут повышенную ответственность по обязательствам в соответствии с их предпринимательским статусом на началах риска (п.2 ст. 359 ГК РК). Это правило должно, по нашему глубокому убеждению, полностью распространяться на энергопередающие и энергоснабжающие организации, так как они являются предпринимателями.

Анализ нормативных актов, регулирующих договоры энергоснабжения на розничном рынке, показывает, что в данной сфере помимо гражданско-правовой ответственности широко применяются и иные формы и способы воздействия на неисправного контрагента, то есть так называемые меры оперативного воздействия. Ю.Г.Басин и А.Г.Диденко, а также некоторые другие авторы называют их также оперативно-хозяйственными санкциями. [287, с.52; 255] Эти меры можно отнести и к способам самозащиты гражданских прав. К ним относятся: приостановление подачи энергии, прекращение ее подачи, неоплата некачественной энергии, перевод на предварительную оплату и т.д.

Правило об ответственности абонента изложено в п.3 ст.439 ГК РК в виде уплаты потребителем неустойки, предусмотренной ст.353 ГК РК. На практике за несвоевременную оплату энергии снабжаю-

щая сторона включает в договоры условие об уплате неустойки, например, в размере 1,5-кратной ставки рефинансирования Национального банка за каждый день просрочки до дня оплаты, а также устанавливает для себя право частичного или полного отключения абонента. За повторное подключение после нарушения абоненту предлагается уплатить сумму до 50-кратной стоимости такого отключения и подключения. Стоимость такой услуги устанавливается опять же самой снабжающей организацией. Учитывая, что оплата за подключение сама по себе является санкцией, имущественным наказанием для абонента, увеличение этой санкции в десятки раз становится вообще невыполнимым для основной части абонентов, так как главной причиной несвоевременной оплаты в настоящее время являются материальные затруднения потребителей. Но потребители вынуждены соглашаться на условия естественных монополистов. По нашему мнению, это связано с тем, что в законодательстве Казахстана и, например, России, отсутствует законодательное ограничение размера договорной неустойки (штрафа). Как утверждает В.В.Витрянский, практика свидетельствует, что «фантазия» сторон при формулировании условий договоров о неустойке не знает границ, [17, с.491] что и подтверждается приведенным выше примером. Исходя из интересов потребителей, судам следовало бы расценивать такие случаи как злоупотребление правом и применять соответствующие последствия в соответствии с п.5 ст.8 ГК РК. На практике суды не применяют принципы разумности и справедливости, несмотря на их значимость как нормативных регуляторов поведения индивида и оценки его действий для возложения ответственности.

Столь детальная регламентация путем подробного изложения прав и обязанностей и иных условий договора присуща именно публичным договорам. Мы вынуждены приводить такую регламентацию не в целях искусственного увеличения объема работы, а в целях подтверждения нашего тезиса о вынужденном, иногда кажущемся «мелочным» вмешательством государства в сугубо частные правоотношения, охватываемые публичным договором. Целью законодателя при этом является установление гарантий потребителям для достижения социальной справедливости. Как воля законодателя воплощается на практике сторонами договора и правоприменителями – это другая сторона вопроса.

Договор водоснабжения

Вода является одним из наиболее распространенных природных ресурсов. Трудно переоценить роль водных ресурсов в жизни каждого человека и человечества в целом. Ее можно отнести также к стратегическим природным ресурсам. Кроме ежедневной необходимости в воде для личных потребностей, вода в настоящее время жизненно необходима и для всего промышленного производства в любом государстве, что бесспорно свидетельствует о наличии публичного интереса в обеспечении нормального водоснабжения. Вода относится к возобновляемым природным ресурсам, однако в силу ее специфики она является товаром в современном гражданском обороте, то есть объектом гражданского права.

В качестве товара на розничном рынке вода предоставляется на основании договоров водоснабжения, а сфера водоснабжения через присоединенную сеть относится также и к сфере естественной монополии и дополнительно регулируется соответствующим законодательством. В соответствии с п.2 ст.492 ГК РК к отношениям по снабжению через присоединенную сеть водой и другими товарами на розничном рынке применяются правила параграфа 5 «Энергоснабжение» главы 25 ГК, если иное не установлено законодательными актами, договором или не вытекает из существа обязательства. В подтверждение сошлемся на мнение проф. В.В. Витрянского, который констатирует, что регулирование отношений, связанных со снабжением водой и приемом сточных вод через присоединенную сеть полностью построено по модели договора энергоснабжения. [152, с.180]

Помимо Гражданского кодекса и Водного кодекса РК отношения по водоснабжению через присоединенную сеть регулируются также Правилами предоставления коммунальных услуг от 7.12.2000г. В Российской Федерации подзаконным актом в данной сфере являются Правила пользования системами коммунального водоснабжения и канализации. [256]

При изучении литературы по исследуемой теме выяснено, что в юридической литературе вопросы правового регулирования водоснабжения не нашли своего отражения. В связи с тем, что вода как природный ресурс очень тесно связана с окружающей природной средой, то эти вопросы иногда рассматриваются в периодических изданиях и монографиях в основном в природоохранных и экологи-

ческих аспектах. Поэтому при подготовке данной работы нам приходилось руководствоваться в основном нормативно-правовыми актами по рассматриваемой теме и практикой работы водоснабжающих организаций РК, а также анализом деятельности судов Республики. В этих условиях очень своевременным явилось второе издание в 2000 г. книги второй монографии В.В. Витрянского и М.И. Брагинского «Договорное право», в которой впервые несколько страниц было посвящено анализу договора водоснабжения. [152, с.180-183] В 2006 г. впервые защищена кандидатская диссертация Беренштейн И.В. на тему «Правовое регулирование водоснабжения и водоотведения в Российской Федерации». [257]

Воды в Республике Казахстан являются собственностью государства. [258] В качестве приоритетного водопользования признается водопользование для удовлетворения питьевых и бытовых нужд населения. Данное обстоятельство вкупе с приведенным выше обоснованием свидетельствует о публичном характере деятельности водоснабжающих организаций, что говорит о наличии одного из основных признаков публичного договора.

Поскольку в результате проведенного нами исследования выяснилось, что договор водоснабжения через присоединенную сеть на розничном рынке является подвидом договора энергоснабжения, различающимся в основном только по объекту возникающих правовых отношений, то и определение понятия договора будет отличаться только в указанной части. Предметом договора водоснабжения является передача/получение воды питьевой посредством использования водопроводной сети и/или прием/сброс сточных вод. Особенностью договора водоснабжения, в отличие от других видов договоров энергоснабжения, является включение в предмет договора дополнительных обязательных действий снабжающей стороны – это прием сточных вод, осуществляемый также по трубопроводам. Кроме того, особенностью данного договора является также и непрерывность подачи воды, как в общих правилах договора энергоснабжения на розничном рынке.

Существенными условиями данного договора помимо его предмета являются качество товара, режим подачи, установление лимитов, условия ограничения или прекращения подачи/получения воды и приема/сброса сточных вод, цена и порядок оплаты, грани-

цы эксплуатационной ответственности сторон. Качество объекта договора водоснабжения в соответствии со ст. 486 ГК РК должно соответствовать требованиям, устанавливаемым государственными стандартами, санитарно-гигиеническими правилами и нормами. Питьевая вода по своим качественным, в том числе бактериологическим характеристикам должна соответствовать ГОСТу 2874-82. Напор воды в водопроводной сети должен обеспечивать нормальное водоснабжение верхних этажей зданий, следовательно, вода должна подаваться под определенным давлением, что также относится к характеристике качества воды и на практике часто нарушается. Предназначается вода населению, на нужды предприятий пищевой промышленности и, в исключительных случаях, при технологической возможности – для технологических нужд абонентов, а также для тушения пожаров. Тем самым основная цель заключения и исполнения договоров водоснабжения – это использование воды для питьевых и иных потребительских целей, именно этим также объясняется публичный характер деятельности водоснабжающих организаций.

Количество подаваемой абоненту (юридическому лицу или частному предпринимателю) воды согласовывается в договорах и определяется на основании приборов учета (водомеров, расходомеров). Исключение делается только для сетей и систем, используемых для пожаротушения. Единица измерения воды – кубические метры. Водоснабжающая организация обязана приобретать и устанавливать приборы учета с возмещением их стоимости через тарифы. В случаях неисправности или ремонта приборов учета количество израсходованной питьевой воды и принятых сточных вод определяется по среднему расходу за три последних месяца согласно показаниям приборов учета – для городов и районных центров, а для сельской местности – в соответствии с расчетами, произведенными при заключении годового договора.

Рассмотрим второй признак – особый субъектный состав договора. Стороны договора именуется водоснабжающая организация (на практике именуется продавец, поставщик, услугодатель) и потребитель (абонент, водопотребитель). В качестве водоснабжающей организации в городах и районных центрах РК в настоящее время выступают государственные коммунальные предприятия водопро-

водно-канализационного хозяйства или с иные коммерческие организации, в сельской местности – управления эксплуатации групповых водопроводов системы Комитета по водным ресурсам Министерства сельского хозяйства РК. В некоторых местностях, где имеются так называемые «малые ГЭС», в качестве водопроизводящих организаций выступают непосредственно ГЭС или коммерческие организации, в ведении которых они находятся.

Абонентами могут быть как юридические, так и физические лица, в том числе предприниматели, все они являются вторичными водопользователями. В зависимости от назначения потребляемой воды они подразделяются на промышленных и непромышленных потребителей. Главное требование для всех потребителей – наличие у них необходимого оборудования, присоединенного к сетям водоснабжающей организации в установленном законодательством порядке, а также наличие приборов учета воды.

Основанием для подачи и потребления питьевой воды из водопровода является договор, заключаемый в форме присоединения абонента, что свидетельствует о наличии еще одного признака публичного договора.

О публичном характере и социальном значении договора водоснабжения свидетельствуют многочисленные нормативные правовые акты различного уровня, регламентирующие рассматриваемый договор: Постановление акимата г. Астаны от 7.09.2005 г. № 09-6-661п «Об утверждении Правил приема производственных сточных вод в систему водоотведения города Астаны», [259] Постановление акимата гор. Павлодара от 11.10.2007 г. № 1255/21 «О правилах эксплуатации системы канализации города Павлодара» [260] и другие.

К договору, заключенному между абонентами-предпринимателями и водоснабжающей организацией способом присоединения, должны быть приложены: водохозяйственный балансовый расчет, обосновывающий количество и качество необходимой абонентам воды; структурные схемы водоснабжения и канализации; согласованный с органами Государственного санэпиднадзора план организационно-технических мероприятий по сокращению объемов водопотребления и водоотведения и соблюдению нормативов сброса загрязняющих веществ с указанием сроков реализации мероприятий и гарантии их финансирования.

Договоры на пользование питьевой водой и прием сточных вод заключаются на основании лимитов, которые определяет водоснабжающая организация по договору с абонентами. Например, еще в 1998 г., то есть до введения нового ГК РК (Особенная часть) Аким города Алматы установил лимит потребления воды для всех хозяйствующих субъектов в объеме одного кубометра в сутки. Те, кто превышает норму, должны были платить по тройному тарифу, несмотря на то, что у сторон имелись приборы учета. [261, с.3] Решением Акима г. Усть-Каменогорска № 1747 от 6.05.2000 г. государственному предприятию «Новая Согра» «... в целях упорядочения системы расчетов за потребление холодной воды и прием сточных вод, стабилизации режима работы технологического оборудования и инженерных сетей» было разрешено установить для предприятий и организаций лимиты водопотребления и водоотведения в соответствии с нормами расхода. [262] Несмотря на иную трактовку данного вопроса в новом гражданском законодательстве, водоснабжающие организации, как и другие энергоснабжающие организации, продолжали взимать тройные и пятикратные тарифы на основании подзаконных актов, которые в соответствии с Законом РК «О нормативных правовых актах» должны были применяться только в части, не противоречащей новому Гражданскому кодексу.

За сверхлимитное потребление и водоотведение водоснабжающая организация взимает с абонентов-промпредприятий плату в размере, установленном местными исполнительными органами. Так, согласно упомянутому выше Решению Акима г. Усть-Каменогорска № 1747 в случае перерасхода лимитов потребления воды в объеме более 10 процентов и сброса сточных вод в объеме более 15 процентов оплата взыскивалась в пятикратном размере к установленному тарифу.

Тем самым приходится констатировать, что водоснабжающие организации, используя положение естественного монополиста, злоупотребляют своими правами. Так, предприятие «Водоканал» в г. Усть-Каменогорске в 1997 г. включило, например, в Типовой договор условие об ответственности потребителя даже за недоиспользование лимита воды по договору, которое впоследствии по иску Антимонопольного комитета было признано незаконным.

Для абонентов-граждан лимиты не устанавливаются.

Постановлением Правительства РК от 28.11.2003 г. № 1194 утвержден Типовой договор на предоставление услуг по водоснабжению

и/или отведению сточных вод, что является отражением такого признака, как издание типовых договоров и подтверждает нашу позицию.

До заключения договора для присоединения к системам водоснабжения и канализации населенных пунктов новых объектов абонент обязан получить от снабжающей организации разрешение и технические условия на присоединение. При недостаточной мощности систем водоснабжения населенного пункта снабжающая организация может отказать абоненту в выдаче разрешения и технических условий на присоединение.

Следует отметить, что письменные индивидуальные договоры водоснабжения с абонентами-гражданами в Казахстане начали заключаться только с 2001-2002 годов.

ГК РК (ст. 488) устанавливает, что оплата энергии производится за фактически принятое абонентом количество, а порядок расчета может определяться законодательством или соглашением сторон. В соответствии с Правилами предоставления коммунальных услуг 2000 г. и Типовым договором водоснабжающая организация обязана предъявить абоненту счет, основанием для предъявления которого является договор. Оплата производится по тарифам, утвержденным для данной территории на основании показаний приборов учета за расчетный период. Водоснабжающие организации являются естественными монополистами в своей области, поэтому цены на их услуги являются регулируемыми и одинаковыми для всех категорий потребителей по их видам, что является еще одним признаком публичного договора.

Если абонентами являются физические лица, проживающие в жилых домах и квартирах индивидуального, государственного, кооперативного и ведомственного жилого фонда, то оплата производится после фактического присоединения, то есть заключения договора путем оплаты платежной квитанции по нормам водопотребления или показаниям приборов учета. Нормы водопотребления из групповых водопроводов сельскохозяйственного назначения устанавливаются уполномоченными органами. Абоненты – юридические лица оплачивают потребленную ими воду ежемесячно по показаниям приборов учета, а при их отсутствии или неисправности – по расчетным показателям, установленным означенными выше Правилами. Расчеты с абонентами, пользующимися питьевой водой из

уличных водоразборов, осуществляются путем оплаты предъявляемых счетов по нормам водопотребления.

Помимо прав и обязанностей, непосредственно вытекающих из договора водоснабжения для потребительских целей, законодательство с учетом особого характера воды как объекта гражданского права, устанавливает общие для потребителей и снабжающих организаций обязанности, которые изложены в ст. 72 Водного кодекса РК. [258]

Особенностью рассматриваемого договора, как и других договоров энергоснабжения, является непрерывность снабжения, если договором не предусмотрен иной порядок. Изменение условий договора водоснабжения выражается обычно в изменении количества, цены объекта договора, необходимости подключения субабонентов и т.п. В соответствии с общими нормами гражданского законодательства, изменение условий договора может происходить либо по соглашению сторон (п.1 ст. 401 ГК РК), либо в одностороннем порядке без обращения в суд (односторонний отказ – ст. 404 ГК РК), либо по решению суда (п.2 ст. 401 ГК РК). Основания прекращения договора подчиняются тем же правилам. Исполнение не может прекращать данное обязательство, т.к. признаком его является непрерывность и бессрочность исполнения. Со стороны снабжающей организации должно быть только реальное исполнение. Отступное и зачет в качестве оснований прекращения обязательств применимы здесь только со стороны абонента.

По общему правилу ограничения в подаче питьевой воды абонентам производятся в соответствии с договором, а прекращение подачи воды – при отказе абонента от получения питьевой воды через присоединенные сети. Вместе с тем нормативно-правовые акты предусматривают и случаи одностороннего прекращения или ограничения подачи воды. При этом снабжающая организация должна сообщить абонентам о сроках перерыва подачи воды. Кроме того, предусмотрены и случаи полного или частичного прекращения подачи воды с предварительным предупреждением абонентов не менее чем за три дня по тем же основаниям, что и договоры электро- и теплоснабжения.

Однако прекращение поставки абонентам, являющимся одновременно источниками теплоснабжения (котельные, центральные тепловые пункты), не имеющим резервные источники водоснабжения,

не допускается в течение отопительного сезона. Кстати отметим, что в данном случае не случайно применен термин «поставка», так как указанное правоотношение между водоснабжающей организацией и иными юридическими лицами, в свою очередь являющимися теплоснабжающими организациями, опосредуется именно договором поставки. Поэтому целесообразнее будет назвать таких получателей не абонентами, а покупателями (получателями).

Ответственность сторон за ненадлежащее исполнение или неисполнение условий договора подчиняется общим требованиям ст. 491 ГК РК и предусмотрена как в виде изложенных выше неблагоприятных последствий, относящихся к оперативным санкциям, так и в виде уплаты неустойки в размере 1,5-кратной ставки рефинансирования Нацбанка РК и возмещения убытков.

Водоснабжающая организация фактически никакой имущественной ответственности не несет, т.к. приостановление оплаты услуг по водоснабжению и канализации являются также мерами оперативного реагирования, а не дополнительным имущественным взысканием для контрагента. Хотя законодательные акты предусматривают применение к данному договору законодательства о защите прав потребителей, что относится к признакам публичного договора.

Ненадлежащее исполнение договора со стороны водоснабжающих организаций влечет неблагоприятные последствия для абонентов, так как вода является насущной необходимостью каждого. Поэтому судебная практика отражает и такой спектр взаимоотношений субъектов договора, но не всегда в пользу менее защищенной стороны. Так, Актюбинский городской суд, а затем кассационная и надзорная инстанции отказали в удовлетворении требования по иску гражданина П. к АО «Акбулак» о возмещении вреда в связи с нерегулярной подачей холодной воды в его квартиру, расположенную на пятом этаже жилого дома. [261] На наш взгляд, истец в силу своей юридической неграмотности не воспользовался услугами опытного юриста или общества защиты прав потребителей, пытаясь защитить свои права самостоятельно, в результате чего в иске было отказано. В качестве доказательств можно было представить зарегистрированную копию жалобы в водоснабжающую организацию; акт о непоступлении воды, составленный с участием представителя КСК и жильцов пятого этажа его дома; а также заключение технической

экспертизы о факте неподачи воды на пятый этаж и причинах неподачи. В возражении на иск ответчик привел довод о том, что внутренние инженерные сети многоквартирного жилого дома находятся на балансе кооператива собственников квартир и отвечает за неполадки кооператив собственников квартир. Однако можно было по датам передачи сетей на баланс КСК установить, что кооператив собственников квартир имеет это оборудование на балансе всего один год, а за остальные два года в пределах общего трехлетнего срока исковой давности ответственность несет сама водоснабжающая организация. [261] (По новым Правилам предоставления коммунальных услуг ответственность за этот участок сетей теперь несет энерго-снабжающая организация). Полагаем, что суду необходимо было руководствоваться общими нормами о защите прав граждан, так как суды, по мнению С.С. Алексеева, не только могут, но и юридически обязаны принимать решения с одной лишь ссылкой на общепризнанные права человека, и, по его обоснованному мнению, неотъемлемые права человека в современных условиях по своему юридическому значению не только не уступают национальным законам всех рангов, но и в принципе имеют по сравнению с ними приоритетное юридическое действие. [10, с.127] Права человека должны стать ориентиром, определяющим направление и перспективу решения тех или иных юридических дел.

Восточно-Казахстанским областным судом рассмотрено дело по иску территориального Комитета по регулированию естественных монополий к ГКП «Водоканал» о признании недействительными договоров, заключенных с потребителями. Исковое заявление удовлетворено полностью, так как заключенные договоры не соответствовали Типовому договору на оказание жилищно-коммунальных услуг, в частности, не была предусмотрена ответственность водоснабжающей организации и предусматривалось необоснованное увеличение размера пени для потребителей с 0,3 процента до 1 процента. [261]

Анализ текстов договоров на водоснабжение и прием сточных вод показывает, что водоснабжающие организации включали до 2005 г. в договоры условие следующего содержания: «В случае невыполнения снабжающей стороной какого-либо вида из оплаченных абонентом услуг, она возвращает абоненту стоимость этих услуг и штраф

в размере процентной кредитной ставки Нацбанка Республики Казахстан, действующей на данный период». Данное условие также является «мертвой» нормой, не имеющей практического применения. Можно привести сколь угодно примеров, когда абоненты, в том числе и граждане, предварительно оплатили услуги по водоснабжению, и ни одного примера - о возврате им стоимости воды при отключениях, а тем более об уплате потребителям штрафа.

Тем самым договор водоснабжения является подвидом договора энергоснабжения и на него в полной мере распространяются правила о публичном договоре.

Договор газоснабжения

Казахстан – одна из стран мира, обладающая богатыми природными запасами нефти и газа, она входит в первую десятку стран мира по разведанным запасам углеводородного сырья. В начале 90-х годов XX века запасы нефти составляли 2,31 миллиардов тонн, газового конденсата – 0,69 миллиардов тонн, а природного газа - 2,49 триллионов кубических метров. Суммарные запасы нефти и газа достигают 2 процента доказанных мировых запасов жидких и газообразных углеводородов. Казахстан обладает двумя крупными уникальными месторождениями: нефтяным - Тенгиз и нефтегазоконденсатным - Карачаганак. [263]

Впервые в Казахстане договор газоснабжения был подвергнут научному анализу лишь в нашей диссертационной работе. В 2008 г. была защищена диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук Нуртаевой Г.Л. на тему «Договор газоснабжения». [40] В Российской Федерации можно привести больше примеров выполнения завершенных научных исследований в данной сфере такими авторами, как Башунов В.В., [264] Яхонтова А.А. [265] и др.

Бесперебойное снабжение газом всего населения и хозяйствующих субъектов имеет важное социальное значение, направлено на обеспечение правопорядка в обществе и государстве в целом. По мнению специалистов, «роль газоснабжения населения на уровне государства невозможно переоценить. Оно, наряду с другими видами энергоснабжения, обеспечивает жизнедеятельность населения». [266] Тем самым публичный характер деятельности газоснабжающих организаций представляется бесспорным. О публичном харак-

тере договора газоснабжения через присоединенную сеть свидетельствуют также следующие нормативные правовые акты, направленные на реализацию интересов потребителей: Решение XXV сессии Алматинского городского маслихата I созыва от 14.05.1999 г. «Об утверждении тарифов на природный газ», Постановление Правительства РК от 29.10.2007 г. №1007 «Об утверждении Плана мероприятий по реализации Программы развития газовой отрасли РК на 2007-2010 годы (второй этап)» и т.д.

В дополнение к нормам ГК РК, в сфере газоснабжения действуют подзаконные нормативные акты, которые являются обязательными для исполнения сторонами данного договора. Так, важное значение в правовом регулировании договора газоснабжения имеют Правила безопасности в газовом хозяйстве РК от 15.04.1993 г. [267] Неотъемлемыми частями указанных Правил являются 43 Приложения, требования которых подлежат неукоснительному соблюдению самими газоснабжающими организациями и потребителями.

В настоящее время отношения по газоснабжению потребителей регулируются Правилами поставки, транспортировки и реализации природного газа, Правилами поставки, перевозки и пользования сжиженными углеводородными газами, а также Типовым договором на предоставление услуги поставки газа через групповые резервуарные установки, Типовым договором на предоставление услуг по транспортировке газа и Типовым договором на предоставление услуг по хранению природного газа. [268]

В отличие от Казахстана, в России данные правоотношения регулированы на законодательном уровне путем принятия 31.03.1999 г. Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации». В 2007 г. Правительством РФ постановлением № 360 утверждены Правила заключения и исполнения публичных договоров о подключении к системам коммунальной инфраструктуры. [269]

Поскольку деятельность по производству, передаче, снабжению газом является источником повышенной опасности, вся эта деятельность постоянно контролируется органами Министерства по чрезвычайным ситуациям РК.

В современных условиях газ через присоединенную сеть большей частью потребляют абоненты-граждане, и в меньшем объеме – юридические лица. Преобладающее его назначение – это использо-

вание газа в бытовых целях в качестве топлива для приготовления пищи и подогрева воды. В промышленности газ используется в малых количествах, а юридические лица приобретают его в основном для удовлетворения хозяйственных потребностей.

Снабжение газом всех потребителей осуществляется на основании договоров газоснабжения. Следует отметить, что предметом рассмотрения в настоящей работе является снабжение газом абонентов только через присоединенную сеть. Тогда как на практике широко распространено снабжение потребителей газом в баллонах, что не охватывается нормами параграфа 5 Главы 25 ГК РК. Указанные отношения регулируются нормами Гражданского кодекса о розничной и оптовой купле-продаже, в частности, поставки.

Природный газ подается непосредственно по магистральным трубопроводам, присоединенным к распределительным сетям. Сжиженные же газы от заводов-поставщиков доставляются к потребителям или к базам их приема, хранения и раздачи в сосудах, работающих под давлением. Доставка является сложным процессом, включающим транспортирование газов на дальние расстояния, обработку газов на газонаполнительные станции (ГНС), транспортирование их на ближние расстояния для непосредственной доставки газа мелким потребителям. В некоторые области (Западно-Казахстанская, Южно-Казахстанская, Алматинская, Жамбылская), расположенные вблизи от нефтегазоперерабатывающих заводов, природный газ поставляется потребителям по магистральным газопроводам непосредственно от газодобывающих или газоперерабатывающих предприятий и тогда правоотношения участников подпадают под действие рассматриваемого договора, в котором сторонами являются газоснабжающая организация и потребители. Магистральные и распределительные газопроводы в западных и южных регионах Казахстана в 2000 г. были переданы в ведение АО «Казтрансгаз». [263]

Однако в большинстве регионов Казахстана газоснабжающие организации не имеют своей сети газопроводов, и получают горючий газ по договорам поставки или купли-продажи с нефтегазоперерабатывающими заводами, причем не по трубопроводам, а в специальных железнодорожных цистернах и отношения между ними опосредуются не договорами газоснабжения, а иными, смежными видами договоров (поставки, купли-продажи). И лишь от группо-

вых резервуарных установок (ГРУ) до жилых домов газ подается по распределительным газопроводным сетям, к которым присоединены газопроводы-вводы, ведущие к конечным потребителям.

В настоящее время управление в сфере газоснабжения осуществляет АО «Казмунайгаз», а в качестве газоснабжающих и газосбытовых организаций выступают либо индивидуальные предприниматели, либо коммерческие юридические лица, названные в подзаконных актах «газосетевая организация», что не совпадает с общепринятой терминологией. Аналогичные процессы происходят и в России, в связи с чем возникают многие проблемы.

Так, И.В.Гандзюк свидетельствует, что в России после вступления в силу нового Жилищного кодекса (март, 2005) и новых Правил предоставления коммунальных услуг гражданам 2006 г. непосредственные потребители не заключают индивидуальные договоры с газоснабжающими и газосбытовыми организациями. Право заключения договоров газоснабжения предоставлено организациям, управляющим многоквартирным домом, то есть посредникам между сторонами договора. При этом нет никаких требований к размеру уставного капитала газоснабжающей организации, ни аттестации, ни аккредитации, ни обязательной сертификации или лицензирования, нет и обязательного страхования гражданской ответственности. На сегодня в России обязательным требованиям к управляющей компании соответствует любое вновь образованное юридическое лицо с уставным капиталом в 10 000 руб. и штатом, состоящим из одного директора. Как отмечает автор, откровенная слабость государственного регулирования в сфере управления открывает доступ недобросовестным фирмам-«однодневкам» и ставит под угрозу имущественные интересы граждан и поставщиков. Результатом является фактическое выпадение договора газоснабжения из-под антимонопольного регулирования и распространения на него иных условий публичного договора. [266] В связи с изложенным автор предлагает ввести обязательное страхование ответственности обязанной стороны, аналогичное предложение в Казахстане высказано и Г.Л.Нуртаевой. [40]

В газоснабжении по магистральным трубопроводам прослеживается наличие оптового рынка, субъектами которого являются газодобывающие и газоперерабатывающие предприятия, газотранспор-

тные и газораспределительные предприятия. Закон о газоснабжении в Российской Федерации четко устанавливает, что в России существует Единая система газоснабжения (ст.6) и региональные системы газоснабжения и газораспределения (ст.7).

Понятие договора газоснабжения конструируется по аналогии с договором энергоснабжения. Договор консенсуальный, возмездный, двусторонний. Форма договора – простая письменная, заключается договор путем присоединения к оферте, разработанной без взаимного согласования ее условий, что говорит о наличии еще одного из выделенных нами основных признаков публичного договора.

Предметом договоров газоснабжения, регулируемых параграфом 5 Главы 25 ГК РК, является передача/получение горючего природного (передаваемого по магистральным газопроводам) или искусственного сжиженного углеводородного газа (СУВГ, передаваемого по распределительным газопроводам), используемого в качестве топлива, то есть энергетических ресурсов.

Газоснабжающими организациями на розничном рынке могут быть газотранспортные и газораспределительные организации, в том числе отечественные и иностранные юридические и физические лица. Все газоснабжающие организации должны быть предпринимателями, а также обязаны иметь лицензию на осуществление именно данной деятельности. В соответствии с Законом РК «О лицензировании» эксплуатация систем газификации жилых и коммунально-бытовых объектов относится к лицензируемым видам деятельности.

Потребителями газа в договоре газоснабжения могут быть как физические лица, использующие газ в бытовых целях, так и индивидуальные предприниматели и юридические лица, использующие газ в производственных целях. Причем договоры для использования газа в бытовых целях могут заключаться как с физическими лицами, так и с КСК, что на практике вызывает множество проблем. Потребители природного газа по приоритетности обеспечения газом делятся на следующие категории:

- 1) население, пользующееся газом в бытовых целях;
- 2) объекты коммунально-бытового назначения;
- 3) потребители, использующие газ в качестве сырья или топлива для выпуска продукции с непрерывным циклом технологического процесса;

4) электростанции и промышленные предприятия, газоснабжение которых в весенне-зимний период должно регулироваться путем частичного или полного перевода их на резервные виды топлива в установленном законодательством порядке;

5) остальные потребители.

Тем самым субъектный состав договора также соответствует выявленным нами признакам.

Количество газа в газопроводах и групповых резервуарных установках измеряется расчетным путем по весу залитого и оставшегося газа. Газ должен соответствовать по своим качественным характеристикам ГОСТу 20448-90, и в зависимости от сезона должен быть летний или зимний. Газ может быть природным или искусственным. Кроме веса и давления, должна проверяться также интенсивность запаха газа самими газосбытовыми и газоснабжающими организациями. Особенностью договора газоснабжения является предназначение объекта договора и для удовлетворения потребительских целей, поэтому при исполнении договора может применяться также законодательство о защите прав потребителей, а это один из признаков публичного договора.

Цена договора газоснабжения складывается из цены заводов-поставщиков, расходов по его транспортировке, розливу и услуг обслуживающих организаций. Почти до 2000 г. цены на газ, поступающий по газопроводам, а также на газ, поступающий железнодорожными цистернами, регулировались антимонопольными органами. Управления газового хозяйства, являющиеся основными газосбытовыми организациями в большинстве регионов Казахстана, добились исключения их из Реестра естественных монополистов по мотивам того, что они не снабжают население газом через магистральные и распределительные газопроводы и не занимают доминирующее положение по снабжению газом на республиканском рынке. В настоящее время, как видно из нормативных правовых актов, сфера газоснабжения признана относящейся к сфере естественной монополии, следовательно, цена на газ должна регулироваться антимонопольным органом и быть одинаковой для всех потребителей по их категориям, что является одним из основных признаков публичного договора. Но в Казахстане практика расходится с требованиями законодательства, поскольку газоснабжающие организации

пытаются путем применения различных уловок вывести цены из-под государственного регулирования, о чем приведено достаточно доказательств Г.Л.Нуртаевой в диссертационном исследовании. [40] В Законе Российской Федерации «О газоснабжении» одновременно используются термины «газоснабжение» и «поставка», в связи с чем В.В. Витрянский тоже отмечал, что видимо термин «поставка» для розничного газоснабжения применялся с целью «увести» договор газоснабжения из категории публичных. [152, с.180]

Права и обязанности сторон договора детально регламентированы правилами безопасности. Причем в текст оферты газоснабжающая организация зачастую включает условия, ухудшающие положение потребителей по сравнению с действующим законодательством. Так, уже в 2010 г. Западно-Казахстанский производственный филиал АО «Казтрансгазаймак», предоставляющий услуги по транспортировке природного газа, в разделе 6- «Права и обязанности потребителей» включил условие следующего содержания: «Потребитель обязан нести ответственность за качество реализуемого природного газа» (пункт 2 подпункта 3). [271]

В отношении соблюдения правил пользования газом существует множество требований для потребителей, поскольку деятельность по пользованию газом относится к источнику повышенной опасности. Для газоснабжения через ГРУ, в отличие от электро-, тепло- и водоснабжения, присуща приемка продукции представителем абонента (на практике - кооперативами собственников квартир) по количеству и качеству. Для этого абонент должен своевременно подать заявку снабжающей организации на заливку сжиженного углеводородного газа в ГРУ. Проектируемые системы газоснабжения городов, населенных пунктов и отдельных потребителей должны обеспечивать бесперебойное и безопасное газоснабжение, а также возможность оперативного отключения участков газопроводов, микрорайонов, промышленных, сельскохозяйственных и коммунально-бытовых предприятий.

Ответственность сторон предусмотрена нормами ст. 491 ГК РК и названными выше нормативными актами. Правила 2003 г. требуют заключения индивидуального договора с каждым абонентом-гражданином, либо должным образом оформленного договора поручения от имени каждого гражданина кооперативу собственников

квартир в качестве его представителя. Однако газосетевым организациям выгоднее заключать договоры с КСК, в связи с чем они отказывали ранее в заключении индивидуальных договоров. Так, Алмалинский суд города Алматы рассмотрел дело по иску гр. И. к АО «Алаутрансгаз» об отказе в заключении индивидуального договора газоснабжения и удовлетворил данный иск. [261]

Семипалатинским городским судом было рассмотрено дело по иску общества защиты прав потребителей к АО «Семейгаз», которое брало предоплату с жильцов за 5 кг газа и отпускало газ на всю собранную сумму, независимо от того, все жильцы дома оплатили его или нет, а затем распределяли полученные суммы по числу фактически проживающих в доме жителей. Тем самым исправные потребители платили и за себя, и за своих нерадивых соседей. Суд отказал в удовлетворении иска, несмотря на явное нарушение конституционных прав исправных потребителей. [261]

Ответственность за сохранность и исправное состояние газового оборудования, дымовых и вентиляционных каналов, уплотнение вводов инженерных коммуникаций в жилых домах возлагается на руководителей жилищно-эксплуатационных организаций, в жилищных кооперативах – на их председателей, а в домах и квартирах, принадлежащих гражданам на праве собственности – на домовладельцев (п. 1.4.3. Правил безопасности в газовом хозяйстве). Ответственность за безопасное пользование бытовыми газовыми приборами и аппаратами в домах, квартирах и за содержание их в надлежащем состоянии несут лица, использующие газ.

В соответствии с Правилами безопасности в газовом хозяйстве эксплуатационные службы газового хозяйства несут ответственность за качество и своевременное выполнение работ по обслуживанию и ремонту систем газоснабжения, за исправное состояние и безопасную эксплуатацию наружных сетей газоснабжения и групповых резервуарных установок.

В зависимости от характера нарушений руководители, специалисты, рабочие и граждане-потребители могут быть привлечены к дисциплинарной, административной и уголовной ответственности в соответствии с действующим законодательством. Деятельность по добыче, переработке и использованию газа является источником повышенной опасности, поэтому она постоянно контролируется органами МЧС РК.

За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по договору газоснабжения применяются общие нормы о гражданско-правовой ответственности. За нарушения правил пользования газом и правил безопасности в газовом хозяйстве потребители несут также административную и уголовную ответственность. Данный факт также подтверждает публичность правоотношений в сфере газоснабжения.

Таким образом, считаем назревшим вопросом осуществление правового регулирования отношений в области газоснабжения в Республике Казахстан на уровне законодательных актов; внедрение в практику заключения индивидуального договора розничного газоснабжения непосредственно с абонентами, а также развитие оптового рынка газоснабжения с единым диспетчерским управлением.

2.2 Публичные договоры в сфере передачи имущества во временное пользование и в сфере выполнения работ

Договор проката

В современном Гражданском кодексе РК договору проката посвящен параграф 6 Главы 29 (статьи 595-600).

Легальное определение договора проката дано законодателем следующим образом: «По договору проката наймодатель, осуществляющий сдачу движимого имущества внаем в качестве постоянной предпринимательской деятельности, обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование.

Имущество, предоставленное по договору проката, используется для потребительских целей, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства».

Пункт третий ст. 595 ГК РК устанавливает, что договор проката является публичным договором. Публичный характер деятельности обязанной стороны по передаче движимого имущества во временное пользование обусловлены предназначенностью такой деятельности для больших масс нанимателей, а также социальными целями – не все участники имущественных отношений имеют возможность или потребность приобретать имущество в собственность. Для нормального правопорядка дешевле и удобнее приобрести необходимое имущество именно в пользование.

Особенности субъектного состава данного договора соответствуют предложенной нами характеристике. Наймодателем должен быть обязательно предприниматель – коммерческая организация либо индивидуальный предприниматель. Хотя в юридической литературе приводятся примеры, когда наймодателем может быть и некоммерческая организация, например, фонды. [272, с.8]

В настоящее время на практике в качестве наймодателей выступают предприниматели, для которых прокат является одним из видов деятельности, связанных с основным. В качестве примера можно привести салоны для новобрачных, в которых наряду с изготовлением, продажей свадебной одежды и аксессуаров осуществляется также их прокат. Широко применяется рассматриваемый договор и иными организациями, предоставляющими имущество напрокат в качестве дополнительных услуг (гостиницы, спортивные клубы и т.д.). В последние годы в Казахстане начал развиваться прокат автомобилей для потребительских целей. Но в любом случае деятельность арендодателя должна носить постоянный характер, так как при осуществлении разовых сделок правила о прокате не подлежат применению. То есть наймодатель только в случае постоянного осуществления такой деятельности становится субъектом публичного договора.

Единственным основанием для освобождения наймодателя от заключения публичного договора и от имущественной ответственности является отсутствие у него возможности предоставить потребителю соответствующие товары. Бремя доказывания отсутствия такой возможности возлагается на него же.

Нанимателем может быть любое дееспособное физическое лицо и реже - юридическое лицо либо индивидуальный предприниматель.

На потребителей полностью распространяется и законодательство о защите прав потребителей дополнительно к нормам Гражданского кодекса, что является признаком публичного договора.

По общему правилу, объекты (имущество, вещи), передаваемые по договору проката, имеют строго целевое предназначение – «потребительские цели», под которыми имеются в виду использование вещей для домашнего, семейного, бытового потребления. Видимо, поэтому в прежнем Гражданском кодексе Казахской ССР такой договор именовался «бытовой прокат», отдельные нормы о котором содержались в статьях 258, 259, 265, 271 ГК КазССР. В частности,

речь шла о вещах спортивного (коньки на катке) и туристского назначения, инвентаря для благоустройства и обработки садовых, огородных и дачных земельных участков, музыкальных инструментов, книг, телевизоров, холодильников, швейных и стиральных машин. В настоящее время круг объектов рассматриваемого договора несколько изменился, к числу сдаваемых в наем движимых вещей добавились видеокассеты, кинофильмы, детские коляски, лодки, катамараны, компьютеры, автомобили и т.д. По классификации вещей объекты договора проката относятся к движимым непотребляемым вещам, определенным индивидуальными признаками.

Однако и в советской, и в современной юридической литературе высказываются мнения, что сдаваемые напрокат вещи могут использоваться не только в потребительских, но и в иных целях, так как в ГК РК сказано: «если это предусмотрено в договоре или вытекает из существа обязательства». То есть, в самой формулировке легального определения данного договора такая возможность заложена. Непотребительские цели использования вытекают из существа обязательства в тех случаях, когда объектом обязательства выступают вещи, не предназначенные для бытового использования. Возможность проката таких вещей существовала еще в советском гражданском законодательстве на уровне подзаконного акта - Типового договора проката приборов, оборудования и других технических средств, осуществляемого территориальными органами системы Госснаба СССР. [273, с.41] Так, прокат и в настоящее время используется и для решения различных вопросов производственного характера: предоставляются измерительные средства, дорогостоящие приборы, оргтехника и т.п. Тем самым, несмотря на то, что нормы Главы ГК РК о договоре проката направлены в основном на регулирование отношений по бытовому прокату, на практике они предназначены для регулирования более широкого круга правоотношений о найме вещей.

Потребность в вещах для иных (не потребительских) целей может возникнуть как у некоммерческой, так и у коммерческой организации, а также у индивидуального предпринимателя. При этом сомнительно, что указанные субъекты берут напрокат оборудование либо иные технические средства для бытовых целей, что косвенно подтверждается понятием потребителя в новом Законе «О защите прав по-

требителей», где указано, что физическое лицо может приобретать товары, работы и услуги для «своих» целей, а не только для личных, семейных и т.п. Поэтому мы не согласны с мнением В.В. Витрянского о том, что для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей «исключается возможность использования полученного в прокат имущества для извлечения прибыли». [274, с.149]

В прежние времена по отдельным видам бытового проката Правительством утверждались Типовые договоры, то есть правовое регулирование рассматриваемой сферы осуществлялось в основном на уровне подзаконных актов. Ст. 271 ГК Каз ССР гласила, что отступления от условий типовых договоров, ограничивающие права пользователей, недействительны, тем самым фактически признавался публичный характер такого договора. [51, с.116]

Издание в советское время типовых правил обеспечивало равные условия проката для всех потребителей. Однако, как верно замечают исследователи, надо видеть и «оборотную сторону медали»: типовые условия и правила, регламентирующие разные виды бытового проката, разрабатывались (а нередко и утверждались) заинтересованными министерствами и ведомствами, поэтому они включали в себя нормы, обеспечивающие ведомственные интересы в гораздо большей степени, нежели защищали интересы граждан - нанимателей имущества. [152, с.494-503]

Форма договора проката предусмотрена письменная, на практике она выражается в выдаче нанимателю экземпляра квитанции либо иного документа с указанием существенных условий договора. Тем самым, договор проката и прежде заключался, и сейчас заключается путем присоединения потребителя к заранее разработанным условиям договора, что отнесено нами к основным признакам публичного договора.

Поскольку рассматриваемый договор отнесен законодателем к публичным договорам, то цена публичного договора в соответствии с п.2 ст. 387 ГК РК должна быть одинаковой для всех потребителей. Условия договора проката в Казахстане не урегулированы типовыми договорами или правилами.

Договор проката является видом более общего для него договора имущественного найма, однако содержит больше императивных норм по сравнению с общими правилами. Представляется, что более детальная регламентация законодателем конкретного правоот-

ношения свидетельствует о воздействии данного договора на большой круг субъектов-потребителей, что и подчеркивает публичный характер договора проката.

Так, срок договора проката ограничен одним годом (п.1 ст.596 ГК РК). При необходимости по соглашению сторон такой срок может быть продлен на новый срок. Правила о преимущественном праве нанимателя на возобновление договора имущественного найма и о возобновлении договора имущественного найма на неопределенный срок, предусмотренные статьями 557, 558 ГК РК, к договору проката не применяются (п.2 ст. 596).

В обязанности наймодателя входит проверка исправности сдаваемого внаем имущества, а также ознакомление нанимателя с правилами эксплуатации имущества либо выдача ему письменных инструкций о пользовании этим имуществом (ст. 597 ГК РК). Информация о пользовании вещью может содержаться и в относящихся к ней документах, в частности, в техническом паспорте, например, фотоаппарата или видеокамеры. Капитальный и текущий ремонт имущества, сданного внаем по договору проката, также является обязанностью наймодателя (п.1 ст.600 ГК РК), тогда как по общим правилам имущественного найма распределение этих обязанностей может быть оговорено соглашением сторон.

При обнаружении нанимателем недостатков сданного внаем имущества, полностью или частично препятствующих пользованию им, наймодатель обязан в десятидневный срок со дня заявления нанимателя о недостатках, если более короткий срок не установлен договором, безвозмездно устранить недостатки имущества на месте либо произвести замену данного имущества другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии.

Если недостатки сданного внаем имущества явились следствием нарушения нанимателем правил эксплуатации и содержания имущества, наниматель оплачивает наймодателю стоимость ремонта и транспортировки имущества. Но бремя доказывания виновности нанимателя лежит на наймодателе.

Наниматель вправе отказаться от договора проката в любое время, если иное не предусмотрено договором. Арендодатель же может расторгнуть договор только по общим основаниям, предусмотренным ГК РК.

Плата за пользование имуществом по договору проката устанавливается в виде определенных в твердой денежной сумме платежей, вносимых периодически или единовременно. Причем цены по видам сдаваемого напрокат имущества должны быть одинаковыми для всех нанимателей. В случае досрочного возврата имущества нанимателем наймодатель возвращает ему соответствующую часть полученной платы за пользование имуществом, исчисляя ее со дня, следующего за днем фактического возврата имущества.

Сдача в поднаем имущества, предоставленного нанимателю по договору проката, передача нанимателем своих прав и обязанностей по договору проката другому лицу, предоставление этого имущества в безвозмездное пользование, залог прав нанимателя и внесение их в качестве имущественного вклада в хозяйственные товарищества, акционерные общества, взноса в производственные кооперативы также не допускаются.

Договор проката по юридической характеристике является консенсуальным, возмездным, двусторонне обязывающим, срочным.

Прокат некоторых видов имущества имеет свои особенности. Например, при заключении данного договора предпринимателями, работающими в сфере отдыха (пляжи, парки, лодочные станции), от граждан-нанимателей обычно истребуются документы, удостоверяющие личность и денежный залог, размер которого обычно соответствует стоимости сдаваемого в прокат имущества.

Передаваемое имущество должно находиться в состоянии, соответствующем условиям договора и его назначению. Исправность проверяется арендодателем в присутствии арендатора (ст. 597 ГК).

Выполнение арендодателем названных обязанностей приобретает особое значение при обнаружении недостатков в сданном напрокат имуществе. Предполагается, что наниматель в отличие от наймодателя не обладает специальными познаниями, необходимыми для пользования нанятым имуществом. Поэтому неисполнение арендодателем обязанностей лишает его права при обнаружении недостатков ссылаться на то, что они возникли в результате нарушения арендатором правил эксплуатации. Бремя доказывания того, что информация была предоставлена, возлагается на арендодателя.

В юридической литературе последних лет стали подниматься вопросы о правовой природе договора проката легковых автомоби-

лей для граждан. Некоторые авторы считают, что данный договор является видом договора фрахтования транспортных средств, а другие полагают его видом договора проката. Нам представляется, что исходя из цели договорного правоотношения, его следует отнести к договору проката.

Особенность договора проката, по которому арендатором выступает гражданин, обусловлена также тем, что к нему применяются правила о защите прав потребителей, хотя в одноименном Законе отсутствуют специальные нормы о прокате, а в Гражданском кодексе не содержатся об этом отсылочные нормы. Терминология закона также не охватывает данные отношения, так как в качестве субъектов указываются лишь изготовитель, продавец, исполнитель, а в качестве объектов - товар, работа, услуга. Однако это не должно препятствовать применению к данным отношениям норм Закона «О защите прав потребителей», гарантирующих права потребителя на безопасность нанятого имущества, информацию о наймодателе и о самом имуществе, возмещение убытков в полном объеме, в том числе и на компенсацию морального вреда, а также право на судебную защиту.

Тем самым, основные признаки публичного договора присутствуют в договоре проката.

Договор бытового подряда

В Гражданском кодексе РК договору бытового подряда посвящен параграф второй Главы 32 (статьи 640-650). Выделение законодателем договора бытового подряда в отдельный параграф, следующий сразу за общими положениями, как и аналогичное размещение розничной купли-продажи в главе о договоре купли-продажи, свидетельствует о социальном значении договора, обеспечивающего максимальную защиту интересов потребителей.

В настоящее время в Казахстане отсутствуют правила бытового обслуживания населения. Полагаем, что отмена прежних Правил вызвана принятием Закона РК «О техническом регулировании», [236] в соответствии с которым должны быть установлены стандарты бытового обслуживания.

Легальное определение договора (ст.640 ГК РК) гласит следующее: «По договору бытового подряда подрядчик, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется выполнить по зада-

нию гражданина-заказчика определенную работу, предназначенную удовлетворить бытовые или другие личные потребности заказчика, а заказчик обязуется принять результаты работы и оплатить ее.

Договор бытового подряда относится к публичным договорам (статья 387 настоящего Кодекса)».

Тем самым законодатель четко определяет место рассматриваемого договора в классификации договоров: договор консенсуальный, возмездный, двусторонний, срочный, публичный.

Легальное объявление договора бытового подряда публичным в первую очередь означает, что подрядчики выполняют определенные публичные функции, представляющие публичный (общественный) интерес. Причиной тому является воздействие договора бытового подряда на огромные массы потребителей-граждан. В частности, договор бытового подряда опосредует гражданско-правовые отношения в сфере индивидуального заказа на пошив одежды, обуви; на ремонт обуви, одежды, на ремонт сложно-бытовых электрических и электронных приборов, автомобилей; на стирку и химическую чистку вещей; на изготовление ювелирных изделий, памятников и т.д., и т.п., то есть действия, которые «коммерческая организация» должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обращается уже на стадии заключения договора. Тем самым в сферу действия публичного договора бытового подряда оказываются вовлеченными миллионы потребителей, основная масса из которых – физические лица. Недостатки в правоприменении норм о договоре бытового подряда, как и других публичных договоров, могут повлечь негативные социальные последствия, в целом оказать отрицательное воздействие на правопорядок в обществе.

Исходя из признания договора публичным, бремя доказывания отсутствия возможности выполнить соответствующие работы возложено на подрядчика. Разногласия сторон по отдельным условиям публичного договора могут быть переданы потребителем на рассмотрение суда независимо от согласия на это подрядчика. Подрядчику запрещается оказывать предпочтение одним заказчикам перед другими. Кроме того, условия договора бытового подряда должны быть одинаковыми для всех потребителей. Тем самым признак публичного характера деятельности обязанной стороны договора присутствует в данном виде договора, что и позволило законодателю назвать его публичным.

Предмет договора бытового подряда составляет не работа как таковая сама по себе, а работа и ее результат, [226, с.203-210] в отличие от услуг. Результат работы имеет определяющее значение при выяснении вопроса о надлежащем или ненадлежащем исполнении обязанностей подрядчиком. ГК Российской Федерации в определении договора бытового подряда в ст. 730 ГК не содержит указание на «результат работы», хотя именно о результате работ идет речь в отдельных статьях § 2 гл. 37 ГК РФ. [275]

Из легального определения договора следует, что подрядчиком может быть только коммерческая организация или индивидуальный предприниматель, а заказчиком может быть не только физическое, но и юридическое лицо. Тем самым субъекты договора бытового подряда соответствуют субъектам публичного договора.

Цель размещения заказа заказчиком преследует только удовлетворение бытовых или других личных потребностей заказчика-гражданина. Поэтому М.И.Брагинский со ссылкой на практику Верховного Суда РФ приводит в пример заказ на пошив партии воинского обмундирования заказчиком – государственным учреждением, который также не является договором бытового подряда, т.к. был заключен в целях удовлетворения потребностей предприятий, учреждений, организаций. [151, с.80, 89; 276, с.2]

Вместе с тем, если гражданин в качестве заказчика заключает договор на строительство предназначенного для его же проживания жилого дома, гаража или дачи, к такому договору, наряду с нормами главы о строительном подряде будут применяться также и нормы о договоре бытового подряда в целях наиболее полной защиты интересов заказчика-гражданина.

В гражданско-правовой науке одной из сфер научного исследования является выяснение соотношения работ и услуг как объектов гражданского права. Однако ни в одной из проанализированных работ нам не удалось обнаружить полемику в связи с использованием в законодательстве и юридической практике терминов «услуги энергоснабжения», «коммунальные услуги», «парикмахерские услуги», «банно-прачечные услуги». Применительно к договорам бытового подряда следует сказать, что по юридической природе парикмахерские услуги и услуги прачечных относятся к договорам бытового подряда, в силу чего названные виды действий совершаются в рам-

ках публичного договора, поименованного законодателем, со всеми вытекающими последствиями. На наш взгляд, ошибочное применение не соответствующих правовой природе договора терминов влечет незащищенность слабой стороны таких правоотношений.

Поименовав договор бытового подряда публичным, законодатель практически все содержание параграфа второго Главы 32 ГК РК сконструировал в виде императивных норм. Этот прием также свидетельствует о наличии публичных начал в правовом регулировании частных правоотношений, когда публичная власть стремится защитить потребителя как более слабую сторону в договоре. В частности, ст.641 ГК РК закрепляет следующие гарантии прав заказчика:

1. Подрядчик не вправе навязывать заказчику включение в договор бытового подряда дополнительных возмездных работ или услуг. При нарушении этого требования заказчик вправе отказаться от оплаты таких работ или услуг.

2. Заказчик вправе в любое время до сдачи ему результатов работы отказаться от договора бытового подряда, уплатив подрядчику часть установленной цены за работу, выполненную до получения уведомления об отказе заказчика от договора, и заказчик обязан возместить подрядчику расходы, произведенные до этого момента. Условия договора, лишаящие заказчика этого права, недействительны.

Императивными являются и нормы статей 643 и 644 ГК РК об обязанности подрядчика представлять заказчику не только информацию о самой работе, но и о результатах работы. Так, до заключения договора бытового подряда подрядчик обязан представить заказчику необходимую и достоверную информацию о предлагаемых работах, их видах и особенностях, о цене и форме оплаты работы, а также сообщить заказчику по его просьбе другие относящиеся к договору и соответствующей работе сведения. Если по характеру работы это имеет значение, подрядчик должен указать заказчику конкретное лицо, которое будет ее выполнять. Данная обязанность свидетельствует о наличии особых преддоговорных взаимоотношений сторон в публичном договоре, о наличии особой стадии, о чем нами говорилось в первом разделе работы.

От эффективности действий на преддоговорной стадии публичного договора бытового подряда зависит и применение заказчиком своего права, закрепленного в п.2 ст. 644 ГК РК: заказчик вправе

требовать расторжения договора бытового подряда и возмещения убытков в случаях, когда вследствие неполноты или недостоверности полученной от подрядчика информации был заключен договор на выполнение работ, не обладающих свойствами, которые имел в виду заказчик.

При сдаче результата работ заказчику подрядчик обязан сообщить ему о требованиях, которые необходимо соблюдать для эффективного и безопасного использования изготовленной или переделанной вещи либо иного результата выполненной работы, а также о возможных для самого заказчика и других лиц последствиях несоблюдения соответствующих требований.

Гражданский кодекс РФ (п. 3 ст. 730) предусматривает, что «к отношениям по договору бытового подряда, не урегулированным настоящим Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними». [275] На наш взгляд, упущением казахстанского законодателя является отсутствие аналогичных норм в соответствующих статьях и параграфах ГК РК. Тем не менее, любые правовые нормы, касающиеся бытового подряда, в том числе и принятые на уровне закона, не должны противоречить законодательству о защите прав потребителей. Об этом говорится и в Нормативном постановлении Верховного Суда РК от 25.07.1996 г. № 7 «О практике применения судами законодательства о защите прав потребителей» (с изменениями от 18.06.04г.) [220]. Данное обстоятельство подтверждает наш вывод о наличии признака публичного договора в виде дополнительного применения к рассматриваемым правоотношениям законодательства о защите прав потребителей.

Форма договора бытового подряда предусматривается простая письменная, но не путем составления одного документа с одноименным наименованием. Если иное не предусмотрено законодательными актами или договором, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется заказчик (ст.389 ГК РК), договор бытового подряда считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи подрядчиком заказчику квитанции или иного документа, подтверждающего заключение договора. Отсутствие у заказчика указанных документов не лишает его права ссылаться на свидетельские показания в подтверждение факта зак-

лючения договора или его условий (ст.642 ГК РК). Тем самым законодатель явно демонстрирует еще один выявленный нами признак публичного договора – возможность заключения его в форме договора присоединения.

Условие о цене договора, которая должна быть одинаковой для всех потребителей, является еще одним признаком публичного договора. В соответствии со ст.647 ГК РК цена работы в договоре бытового подряда определяется соглашением сторон и не может быть выше указанной в прейскуранте, объявленном подрядчиком. Следовательно, определяющим здесь являются прейскуранты подрядчика. Если для некоторых категорий потребителей-заказчиков законом предусмотрены льготы по оплате, подрядчик, независимо от формы собственности, обязан их предоставить, что характерно для публичного договора. Вместе с тем отметим порочность данного признака на практике, когда подрядчики за выполнение однородных работ взимают разные цены, поскольку государством не установлены критерии определения одинаковых цен за одни и те же виды работ.

Если работа по договору бытового подряда выполняется из материала подрядчика, материал оплачивается заказчиком при заключении договора полностью или в части, указанной в договоре, с окончательным расчетом при получении заказчиком результатов выполненной подрядчиком работы. Кроме того, материал может быть предоставлен подрядчиком в кредит, в том числе с условием оплаты заказчиком материала в рассрочку. А изменение цены предоставленного подрядчиком материала после заключения договора не влечет перерасчета.

Если же работа по договору бытового подряда выполняется из материала заказчика, в квитанции или ином документе, выдаваемом подрядчиком заказчику при заключении договора, должны быть указаны точное наименование, количество, описание и цена материалов, определяемая по соглашению сторон. Оценка материала в квитанции или ином аналогичном документе может быть впоследствии оспорена заказчиком в суде путем представления письменных доказательств.

В случае обнаружения недостатков в выполненной работе заказчик может предъявить подрядчику требования, закрепленные в общих положениях о договоре подряда в целом. Если на результат работы установлены гарантийные сроки, то помимо общих сроков,

предусмотренных ст. 630 ГК РК, применяются также правила о гарантийном сроке.

Подрядчик обязан в течение трехлетнего срока исковой давности с момента сдачи-приемки работы по требованию заказчика безвозмездно устранить недостатки работы. При невыполнении подрядчиком указанного требования заказчик вправе в течение того же срока потребовать либо возврата части цены, уплаченной за работу, либо возмещения расходов, понесенных на устранение недостатков своими силами или с помощью третьих лиц.

Ст. 649 ГК РК предусматривает последствия неявки заказчика за получением результатов выполненной работы, в соответствии с которой в случае неявки заказчика за получением результатов выполненной работы или иного уклонения заказчика от их приемки подрядчик вправе, письменно предупредив заказчика, по истечении двух месяцев со дня такого предупреждения продать предмет подряда за разумную цену, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести в депозит нотариуса на имя заказчика, в соответствии со ст.291 ГК. Вместо продажи вещи подрядчик может воспользоваться правом на ее удержание или взыскать с заказчика причиненные убытки.

В случаях прекращения договора бытового подряда по причине смерти одной из сторон условия прекращения договора определяются по соглашению между правопреемником соответствующей стороны и ее контрагентом, а при недостижении ими соглашения - судом с учетом размера выполненных работ и их цены, стоимости истраченного и сохранившегося материала, а также других существенных обстоятельств.

На подрядчика при бытовом подряде возлагается повышенная ответственность за допущенные им нарушения договора. Это выражается в возможности для подрядчика освободить себя от ответственности только при условии, если он докажет, что неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошли вследствие непреодолимой силы либо вины заказчика. Уплата неустойки и возмещение убытков не освобождают подрядчика от исполнения возложенных на него обязательств перед потребителем в натуре.

Заказчик имеет право предъявить требование о возмещении не только реального ущерба, но и упущенной выгоды, а также ком-

пенсации морального вреда, независимо от вины подрядчика. Заказчик имеет также право в любое время до сдачи работы отказаться от исполнения договора, выплатив подрядчику часть установленной цены в объеме, пропорциональном части работы, которая была уже выполнена подрядчиком за время до момента получения уведомления на этот счет заказчика, а также возместить расходы подрядчика, которые он до этого момента успел произвести для исполнения договора. В остальных случаях основанием для прекращения договора заказчиком служат определенные нарушения, допущенные подрядчиком.

Тем самым договор бытового подряда, поименованный законодателем публичным, также содержит практически все выявленные нами признаки публичных договоров.

2.3 Публичные договоры в сфере оказания услуг

Договоры перевозки транспортом общего пользования

Договор перевозки - это главное основание возникновения транспортных обязательств в гражданском праве. В зависимости от различных оснований различаются и различные виды и подвиды договора перевозки. Одним из подвидов договора перевозки является договор перевозки транспортом общего пользования. В соответствии со ст. 695 ГК РК перевозка, осуществляемая коммерческой организацией, признается перевозкой транспортом общего пользования, если из законодательных актов, иных нормативных правовых актов или выданной этой организации лицензии (патента) вытекает, что эта организация обязана осуществлять перевозки пассажиров, грузов и (или) багажа по обращению любого гражданина или юридического лица. Договор перевозки транспортом общего пользования поименован публичным договором.

Под транспортом общего пользования имеется в виду железнодорожный транспорт, автомобильный транспорт местного, междугороднего и иных видов сообщений, речной и морской транспорт, а также воздушный транспорт, предназначенный для оказания услуг по перемещению грузов, пассажиров и багажа систематически, многократно, в отношении множества субъектов, что и предопределяет публичный характер деятельности перевозчика.

Публичный характер договора выражается в том, что потребность в общедоступных услугах по перемещению грузов или пассажиров испытывают все без исключения субъекты гражданского права, причем ежедневно и ежечасно. Это с одной стороны. С другой стороны – сбой в деятельности, например, железной дороги любого государства вызывает подчас непоправимые последствия не только для каждого физического или юридического лица в отдельности, но и для всей экономики, для больших групп людей, населения, общества. Тем самым данные договоры затрагивают интересы всех и каждого, имеют всеобщий интерес, а деятельность перевозчиков носит публичный характер.

Помимо Гражданского кодекса, транспортные обязательства регулируются дополнительно специальным, так называемым транспортным законодательством, в составе которого можно назвать Законы РК «О транспорте», «О железнодорожном транспорте», «О торговом мореплавании», «Об автомобильном транспорте», «О внутреннем водном транспорте» и другие. Особое место в регулировании рассматриваемых правоотношений занимает Закон РК «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами». [277]

Во исполнение названных законов приняты следующие подзаконные акты, в которых детально регламентированы права и обязанности сторон: Правила перевозок пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях РК [278] Правила перевозок пассажиров, багажа и грузобагажа железнодорожным транспортом РК, [279] Правила перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом, [280] Правила перевозок грузов автомобильным транспортом [281] и т.д. Столь детальное правовое регулирование характерно для публичных договоров.

Закон РК «О транспорте» гласит, что перевозчик не вправе отказывать юридическим и физическим лицам в перевозке, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами о транспорте. В связи с тем, что законодатель сформулировал рассматриваемый договор в качестве публичного, перевозчик как сторона договорного правоотношения не может свободно выбирать контрагента по своему усмотрению и не может свободно определять условия договора перевозки.

В связи с публичным характером договора перевозки транспортом общего пользования законодатель устанавливает и специальные правила об организации данного вида перевозок. В частности, ст.64 Закона РК «О железнодорожном транспорте» устанавливает, что организация перевозок пассажиров в международных и межобластных сообщениях определяется Правительством РК, а по межрайонным (междугородным) и внутренним сообщениям организацию перевозок пассажиров определяют местные представительные и исполнительные органы или перевозчик. Аналогичные нормы содержатся в иных законах о транспорте.

Понятие договора перевозки груза содержится в ст.689 ГК РК, в соответствии с которой по договору перевозки груза одна сторона (перевозчик) обязуется доставить вверенный ей другой стороной (отправителем) груз в пункт назначения и выдать уполномоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза плату согласно договору или тарифу.

По договору перевозки пассажира перевозчик обязуется перевезти пассажира в пункт назначения, а в случае сдачи пассажиром багажа - также доставить багаж в пункт назначения и выдать уполномоченному на получение багажа лицу; пассажир обязуется уплатить плату за проезд, а при сдаче багажа - и за провоз багажа (п.1 ст.670 ГК РК).

Стороны договора перевозки именуется перевозчиком и грузоотправителем (грузополучателем) - если объектом является груз; а также пассажиром, если перевозится физическое лицо. Форма договора перевозки груза и пассажира обязательная простая письменная, оформляется на практике в отношении грузов составлением транспортной накладной, коносамента, товарно-транспортной накладной или иного документа на груз, предусмотренных законодательными актами о транспорте, а для пассажира оформляется соответственно проездным билетом и багажной квитанцией.

Форма проездного билета для пассажира и багажной квитанции устанавливается в порядке, предусмотренном приведенными выше нормативными актами о транспорте, то есть публичный договор перевозки транспортом общего пользования заключается способом присоединения к формуляру, закрепленному нормативными правовыми актами. На всех видах транспорта (за исключением воздушного и железнодорожного в поездах дальнего следования) проездные биле-

ты являются предъявительскими документами: транспортная организация обязана исполнить договор перевозки в отношении любого пассажира, предъявившего билет или его аналог при посадке. Однако после начала перевозки передача проездного билета не допускается.

Багажом являются вещи и иные материальные ценности, которые отправляются пассажиром для личных бытовых целей за отдельную плату на основе проездного документа (билета) пассажира и перевозятся вместе с ним в багажном отсеке, вагоне или в ином багажном помещении. Договор перевозки багажа взаимный возмездный, но в отличие от договора перевозки пассажира всегда реальный, так как считается заключенным в момент сдачи багажа к перевозке. Как и договор перевозки пассажира, договор перевозки багажа транспортом общего пользования является публичным.

Перевозчиком по данному договору могут быть коммерческие юридические лица и индивидуальные предприниматели. Для некоторых перевозчиков обязательно получение лицензии на право занятия перевозками. Регулярные междугородные внутриобластные, городские, пригородные автомобильные перевозки пассажиров и багажа осуществляются перевозчиками, победившими в конкурсе на право обслуживания маршрутов указанных перевозок пассажиров и багажа и получившими свидетельство на право их обслуживания на основании договоров, заключаемых между перевозчиками и соответствующими местными исполнительными органами. Автовокзалы и автостанции не вправе отказывать в заключении договора с перевозчиками пассажиров и багажа, допущенными в установленном законодательством РК к данному виду деятельности.

Клиентом перевозчика, то есть грузоотправителем/грузополучателем и пассажиром могут быть как юридические, так и физические лица. Тем самым налицо выявленные нами признаки о субъектном составе публичного договора.

Предмет договора составляет перевозка грузов, пассажиров, багажа, почтовых отправлений, осуществление транспортно-экспедиционных услуг. Договор перевозки – возмездный. Цена договора перевозки транспортом общего пользования в зависимости от вида транспорта и вида перевозки должна быть одинаковой для всех клиентов, что обусловлено публичным характером договора. В соответствии с п.2 ст.697 ГК РК плата за перевозку грузов, пассажиров и

багажа транспортом общего пользования определяется на основании тарифов, утверждаемых в порядке, установленном законодательными актами о транспорте, что является еще одним признаком публичного договора.

Рассматриваемый договор является срочным. Ст.698 ГК РК регламентирует, что перевозчик обязан доставить груз, пассажира и (или) багаж в пункт назначения в срок, определенный законодательными актами о транспорте и установленными в соответствии с ними правилами перевозки. Если срок доставки груза, пассажира или багажа не установлен и стороны не предусмотрели этот срок в договоре, доставка должна быть произведена в разумный срок.

Особенности договора перевозки транспортом общего пользования как публичного договора выявляются при рассмотрении содержания договора путем анализа прав и обязанностей сторон.

Права и обязанности перевозчика и его клиента различны в зависимости от объекта перевозки: груз это или пассажир. К тому же в зависимости от уровня законодательного или подзаконного акта права и обязанности сторон конкретизируются и дополняются.

Так, перевозчик, осуществляющий перевозки транспортом общего пользования, обязан заключить данный договор с каждым, кто к нему обратится, при наличии технической возможности. Такая обязанность перевозчика может быть возложена на него при условии, если к нему обращается клиент, обладающий соответствующим объемом дееспособности. В частности, абсурдно предположение об обязывании перевозчика заключить договор перевозки груза с малолетним ребенком. А вот договор перевозки пассажира общественным транспортом на местных линиях в населенных пунктах заключается даже с малолетними, не достигшими возраста 14 лет.

Несмотря на то, что договор перевозки пассажира и багажа называются в виде одного договора, фактически они имеют существенные различия. Договор перевозки пассажира – консенсуальный, а договор перевозки багажа – реальный. Письменное оформление этих договоров также различно: заключение договоров перевозок пассажиров удостоверяется проездными документами (билетами), а сдача пассажирами багажа, грузоотправителями грузобагажа – багажными, грузобагажными квитанциями соответственно.

Обязанности перевозчика в договоре перевозки груза транспортом общего пользования детально регламентированы: перевозчик обязан подать отправителю груза под погрузку в срок, установленный принятой заявкой (заказом), договором перевозки, исправные транспортные средства в состоянии, пригодном для перевозки соответствующего груза (п.1 ст.696 ГК РК). Обязанности по погрузке (разгрузке) груза могут быть соглашением сторон возложены и на перевозчика, и на грузоотправителя/грузополучателя, с соблюдением требований, установленных законодательными актами о транспорте и изданными в соответствии с ними правилами, в установленные сроки.

Статья 11 ЗРК «О транспорте» возлагает на перевозчика следующие обязанности:

- иметь лицензию, обеспечивающую право на перевозку;
- заключать договор (контракт) с клиентом в установленной форме;
- предоставлять транспортные средства, имеющие сертификат;
- обеспечивать безопасность движения;
- обеспечивать клиенту свободу выбора транспорта на рынке транспортных услуг;
- получать документы, подтверждающие соответствие отправляемого груза его сертификату;
- выполнять требования государственных и местных представительных и исполнительных органов на осуществление социально-важных и оборонных перевозок (в случае, если цены на эти перевозки не покрывают транспортные расходы, должна быть осуществлена соответствующая компенсационная дотация). [283]

Ст.22 ЗРК «Об автомобильном транспорте», как и нормы иных законодательных актов по видам транспорта, дополняет и конкретизирует обязанности перевозчика, осуществляющего регулярные перевозки пассажиров и багажа транспортом общего пользования. [282]

Ст. 705 ГК РК «Ответственность перевозчика за утрату, недостачу и повреждение (порчу) груза или багажа» обязывает перевозчика обеспечивать сохранность груза или багажа с момента принятия их к перевозке и до выдачи получателю, уполномоченному им лицу или лицу, уполномоченному на получение багажа. В случае, когда пассажир или лицо, уполномоченное на получение багажа, не получили багаж по причинам, не зависящим от перевозчика, перевозчик обязан хранить его на автовокзале или автостанции пункта назначе-

ния или отправления до признания судом багажа бесхозным, если иное не предусмотрено договором. При признании судом багажа бесхозным новый владелец багажа возмещает перевозчику расходы на его хранение, погрузочно-разгрузочные операции и транспортировку, необходимые для обеспечения сохранности багажа.

Обязанности перевозчика при перевозке пассажиров и багажа в наиболее общем виде сформулированы в ст.11 Закона «О транспорте» и конкретизированы по видам транспорта в специальном законодательстве. Перевозчик обязан:

- возмещать ущерб, нанесенный клиенту и третьему лицу, в том числе и потерь времени в денежном эквиваленте;
- обеспечивать безопасность пассажира, создание ему необходимых удобств и условий обслуживания, а в случае сдачи пассажиром багажа, также своевременную перевозку и сохранность его багажа;
- застраховать свою гражданско-правовую ответственность перед пассажирами в порядке, определенном законодательными актами Республики Казахстан об обязательном страховании.

Ст.18 ЗРК «О транспорте» предусматривает, что перевозчик обязан при задержке рейсов на 10 часов и более предоставлять за свой счет пассажирам места в гостинице и питание. При этом по запросу пассажира ему выдается официальный документ или производится отметка в билете о причине задержки перевозки.

Ст.22 ЗРК «Об автомобильном транспорте», как и аналогичные нормы других законодательных актов по видам транспорта, дополняет обязанности перевозчика необходимостью объявлять тарифы на перевозку пассажиров и багажа, фиксировать их в договорах, проездном документе (билете) и багажной квитанции; соблюдать объявленные тарифы и заблаговременно информировать пассажиров о предстоящем изменении тарифов; осуществлять бесплатный провоз отдельных категорий граждан или предоставлять им иные льготы по оплате проезда в соответствии с законодательством РК. Последние из обязанностей указывают на публичный характер рассматриваемого договора перевозки, т.к. по условиям ст.387 ГК РК цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Перевозчик,

отказавшийся от продолжения перевозки, обязан за свой счет доставить пассажира в пункт назначения или возместить все убытки, причиненные пассажиру расторжением договора.

Исходя из публичного характера договора перевозки пассажиров и багажа, законодательными актами предусмотрены дополнительные условия для реализации данного договора, направленные на защиту прав пассажиров. Например, местные исполнительные органы по договору организации регулярных междугородных внутриобластных, городских, пригородных и соединяющих населенные пункты автомобильных перевозок пассажиров и багажа обязаны обеспечить оформление и содержание в соответствии с законодательством установленных пунктов посадки и высадки пассажиров; осуществлять контроль за соблюдением установленного расписания движения автобусов, микроавтобусов.

П.7 ст.46 ЗРК «Об автомобильном транспорте» содержит еще одну, немаловажную, на наш взгляд, норму об обязанности перевозчика, направленную на защиту прав клиентов: при отмене рейса, за исключением случаев действия непреодолимой силы, перевозчик обязан по выбору пассажира обеспечить отправку пассажира ближайшим рейсом до пункта назначения, указанного в проездном документе (билете), или возратить пассажиру двукратную стоимость проездного документа (билета).

На защиту прав пассажиров в качестве потребителей направлены нормы и ЗРК «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами», целью которого является обеспечение защиты имущественных интересов пассажиров при их перевозке посредством осуществления страховых выплат.

Потребителями услуг перевозчика в договоре перевозки пассажира и/или багажа являются только физические лица. Это обстоятельство обуславливает правомерность применения в обязательствах, возникающих из перевозки пассажиров, не только транспортного законодательства, но и Закона о защите прав потребителей, что расширяет возможности пассажира при защите его прав и законных интересов. На это обращалось внимание в юридической литературе. [284, с.95, 126] Однако казахстанский законодатель прямо не указывает об этом ни в одном законодательном или подзаконном акте о транспорте. Применение законодательства о защите прав потре-

билетей-граждан является в данном виде договора обязательным и отнесено нами в число признаков публичного договора.

Как известно, права и обязанности сторон в правоотношении взаимно корреспондируют друг другу, в связи с чем рассмотрим права грузоотправителей/грузополучателей и пассажиров.

Права всех клиентов перевозчика в Законе «О транспорте» в наиболее общей форме сформулированы следующим образом: требовать выполнения договора, заключенного между ним и перевозчиком; оспаривать в установленном порядке соответствие уровня качества перевозки ее сертификату; требовать возмещения нанесенного ущерба, в том числе и потерь времени в денежном эквиваленте. Грузоотправитель имеет право отказаться от поданных транспортных средств, непригодных для перевозки соответствующего груза (п.2 ст.696 ГК РК). Статья 700 ГК РК содержит специальный перечень прав пассажиров: перевозить с собой детей бесплатно или на иных льготных условиях; провозить с собой бесплатно ручную кладь в пределах установленных норм; сдавать к перевозке багаж за плату по тарифу.

В дополнение к этому ЗРК «О транспорте» (ст.13) также детализирует права пассажиров, называя следующие права: приобрести билет на любой вид транспорта и по любому маршруту, открытому для пассажирских перевозок; получить место согласно приобретенному билету; провезти с собой бесплатно одного ребенка в возрасте до 7 лет, а на международных перевозках — до 5 лет на всех видах транспорта, за исключением воздушного, без права предоставления ему отдельного места на железнодорожном, морском и внутреннем водном транспорте, на междугородных автобусах, а также на городском и пригородном транспорте, кроме такси и т.д.

На воздушном транспорте, городских и пригородных автобусных перевозках устанавливается бесплатный провоз ручной клади и багажа весом не более 20 кг. На железнодорожном, морском, внутреннем водном транспорте, а также в междугородных автобусах устанавливается бесплатный провоз ручной клади и багажа весом не более 35 кг. Перевозчики вправе увеличивать вес бесплатно перевозимого на всех видах транспорта багажа и устанавливать другие льготы. Права пассажиров при морской перевозке закреплены в п.3 ст.112 ЗРК «О торговом мореплавании», при железнодорожной перевозке

– ст. 67 соответствующего Закона, при перевозке речным транспортом – в Главе 10 Закона РК «О внутреннем водном транспорте».

Некоторые особенности имеются в договоре перевозки пассажира воздушным транспортом, которые закреплены, например, п.9 Правил перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях РК. Статья 27 ЗРК «О транспорте» устанавливает преимущества для отдельных категорий пассажиров при перевозке транспортом общего пользования, например, право внеочередной посадки в автобус, такси; отведение специальных мест в передней части автобуса и т.д.

На автовокзалах создаются комната матери и ребенка для предоставления дополнительных услуг пассажирам с детьми в возрасте до 5 лет и беременным женщинам; устройства для посадки и высадки пассажиров-инвалидов. С 01.01.2007 г. перевозчик транспортом общего пользования обязан снабдить транспортное средство устройствами для посадки и высадки пассажиров-инвалидов. При проведении государственными органами конкурсов на право обслуживания маршрутов по перевозке пассажиров преимущество имеют физические и юридические лица, транспортные средства которых приспособлены для доступа инвалидов.

Перечисленные права детализируются и дублируются в законодательных актах по видам транспорта.

Говоря о правах перевозчика, следует отметить их сравнительно небольшой перечень по отношению к правам его клиентов. Так, ст.22 ЗРК «О транспорте» закрепляет права перевозчика на создание общественных объединений, а также объединений юридических лиц в форме ассоциаций (союзов) в целях защиты своих прав и интересов; на отдых и условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены; право требовать соблюдения пассажирами общественного порядка и правил перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом. Следует отметить также право перевозчика требовать от грузоотправителя сообщения всех сведений о свойствах перевозимого груза, что связано с необходимостью обеспечить безопасность перевозки. К публичному договору перевозки применяются регулируемые цены, поэтому право перевозчика свободно назначать цены в данном случае не применяется. П. 4 ст. 697 ГК РК закрепляет также право перевозчика удерживать переданные ему для перевозки грузы и багаж в обеспечение причитающейся ему про-

возной платы и других платежей по перевозке (ст.292 ГК РК), если иное не установлено законодательством, договором перевозки или не вытекает из существа обязательства.

Пункт 2 ст.114 ЗРК «О торговом мореплавании» гласит, что перевозчик вправе отказаться от исполнения договора морской перевозки пассажира только при наступлении следующих не зависящих от него обстоятельств: военных или иных действий, создающих угрозу захвата судна; блокады порта (пункта) отправления или порта (пункта) назначения; привлечения судна для государственных нужд; гибели судна или его захвата; признания судна непригодным к плаванию; чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; в иных случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан.

Отдельные права и обязанности клиента и перевозчика определяются соглашением сторон в договоре перевозки.

Ответственность за нарушение обязательств по перевозке в общем виде сформулирована в ст. 703 ГК РК: в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по перевозке стороны несут ответственность, установленную Гражданским Кодексом, законодательными актами о транспорте, иными законодательными актами, а также соглашением сторон. Причем закон содержит императивную норму о том, что соглашения транспортных организаций с пассажирами и грузоотправителями (грузополучателями) об ограничении или устранении установленной законодательными актами ответственности недействительны, за исключением случаев, когда возможность таких соглашений при перевозках груза предусмотрена законодательными актами о транспорте.

За задержку отправления транспортного средства, перевозящего пассажира, или опоздание такого транспортного средства в пункт назначения (за исключением перевозок в городском и пригородном сообщениях) перевозчик уплачивает пассажиру штраф в размере, установленном законодательными актами о транспорте, если не докажет, что задержка или опоздание имели место вследствие непреодолимой силы (п.1 ст.704 ГК РК). В соответствии со ст.18 ЗРК «О транспорте» при задержке перевозки пассажира по вине перевозчика последний уплачивает пассажиру штраф в размере 3 процентов от стоимости билета за каждый час задержки, помимо возмещения

убытков пассажиру, если последние имели место. Однако сумма взысканного пассажиром штрафа не может превышать стоимости приобретенного билета, что свидетельствует об ограниченной ответственности перевозчика. Аналогичная норма содержится, в частности, и в ст.47 Закона «Об автомобильном транспорте», ст.120 Закона «О торговом мореплавании» (как и в других законодательных актах об иных видах транспорта). Полагаем, что в предпринимательской деятельности ограниченная ответственность предпринимателя не соответствует его статусу, т.к. один из признаков предпринимательства – это несение предпринимательского риска (ст.10 ГК РК и аналогичная норма ЗРК «О частном предпринимательстве»). [285]

Аналогичным образом с установлением ограниченной ответственности перевозчика сконструированы и нормы Закона «О транспорте» и специальных законодательных актов о транспорте за просрочку в доставке багажа, за просрочку в доставке груза. Перевозчик освобождается от ответственности за просрочку в доставке груза или багажа, если просрочка произошла не по его вине.

В случае отказа пассажира от перевозки из-за задержки отправления транспортного средства перевозчик обязан возратить пассажиру провозную плату в полном размере, а также возместить пассажиру понесенные им убытки в связи с такой задержкой.

Ущерб, причиненный при перевозке груза или багажа, возмещается перевозчиком:

1) в случае утраты или недостачи груза или багажа - в размере стоимости утраченного или недостающего груза или багажа;

2) в случае повреждения (порчи) груза или багажа - в размере суммы, на которую понизилась его стоимость, а при невозможности восстановления поврежденного груза или багажа - в размере его стоимости;

3) в случае утраты груза или багажа, сданного к перевозке с объявлением его ценности, - в размере объявленной стоимости груза или багажа.

Стоимость груза или багажа определяется, исходя из его цены, указанной в счете продавца или предусмотренной договором, а при отсутствии счета или указания цены в договоре - исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары. Наряду с возмещением установленного ущерба,

вызванного утратой, недостачей или повреждением (порчей) груза или багажа, перевозчик возвращает отправителю (получателю) провозную плату, взысканную за перевозку утраченного, недостающего, испорченного или поврежденного груза или багажа, если эта плата не входит в стоимость груза.

Документы о причинах несохранности груза или багажа (коммерческий акт, акт общей формы и т.п.), составленные перевозчиком в одностороннем порядке, подлежат в случае спора оценке судом наряду с другими документами, удостоверяющими обстоятельства, которые могут служить основанием для ответственности перевозчика, отправителя либо получателя груза или багажа.

Пассажиры, отправитель и получатель груза или багажа несут ответственность за ущерб, причиненный по их вине другим лицам, имуществу перевозчика и имуществу других лиц, за которое несет ответственность перевозчик (ст.19 ЗРК «О транспорте»).

Отправитель несет ответственность за ущерб, причиненный перевозчику или другому лицу, перед которым перевозчик несет ответственность в связи с неправильностью, неточностью или неполнотой указанных в транспортных документах сведений. Отправитель также несет ответственность перед перевозчиком за все убытки, которые могут возникнуть в связи с неточностью, неполнотой или неправильностью сведений, указанных в транспортных документах.

Несмотря на исключение из ГПК РК главы о досудебном урегулировании гражданско-правовых споров, применительно к спорам по договорам перевозки грузов установлен обязательный досудебный порядок их урегулирования. То есть до предъявления к перевозчику иска, вытекающего из перевозки груза (но не пассажира и багажа), обязательно предъявление ему претензии в порядке, предусмотренном законодательными актами (п. 1 ст. 706 ГК РК). Срок исковой давности по требованиям, вытекающим из перевозки груза, устанавливается в один год.

Анализ прав и обязанностей сторон рассматриваемого публичного договора явно подтверждает наше мнение о социальном характере публичного договора. Столь детальное правовое регламентирование с очевидностью направлено на установление социальной справедливости в обществе.

Таким образом, анализ действующих нормативных правовых актов в области публичного договора перевозки транспортом общего пользования показывает, что принцип свободы договора для перевозчика здесь практически не действует. Перевозчик не имеет права отказать клиенту в заключении договора перевозки, кроме случаев, установленных законодательными актами. Практически все права и обязанности по всем видам перевозки регламентированы законодателем подробным образом путем утверждения обязательных Правил. Требования к самим перевозчикам конкретны и детализированы. Точно определены также требования к состоянию транспортных средств.

Недостатком отечественного законодательства в рассматриваемом вопросе, по нашему мнению, является отсутствие хотя бы отсылочных норм о применении норм законодательства о защите прав потребителей к данному виду договора. Поэтому предлагается устранить названный пробел путем внесения соответствующих дополнений в ГК РК.

В связи с этим, несмотря на то, что ни в одном транспортном законе не предусмотрен такой способ защиты как компенсация морального вреда, вместе с тем ни в одном из них не закреплен и запрет на его возмещение в пределах правоотношений по перевозке. Видимо, поэтому в материалах публикуемой судебной практики РК не имеется примеров применения законодательства о защите прав потребителей по рассматриваемому нами договору. В Российской Федерации такие дела рассматриваются довольно часто, о чем можно судить по следующим фактам.

Так, по делу №33-119/2004 Судебная коллегия по гражданским делам Томского областного суда, рассмотрев кассационную жалобу Еремина В.А. к муниципальному государственному пассажирскому автопредприятию, установила, что 7.11.2001 г. истец зашел в автобус на остановке по пути в г. Томск. Используя права, предоставленные ему ФЗ «О ветеранах» и Постановлением Главы Администрации г. Северск Томской области, он предъявил кондуктору удостоверение «Ветеран труда», выданное ему Администрацией. Однако кондуктор автобуса заявила, что его удостоверение недействительно, попыталась его забрать, затем предложила выкинуть удостоверение, заявив, что он едет «зайцем» и должен приобрести проездной билет. Он оплатил проезд до остановки «АРЗ» в г. Томске в сумме 2 руб. 80

коп. Из-за негативного поведения кондуктора он испытал чувство вины и моральные неудобства перед другими пассажирами. Поэтому он вышел из автобуса, пересел в другой автобус. В результате указанных действий кондуктора истцу был причинен моральный вред. Суд первой инстанции имущественные требования истца удовлетворил полностью, а в компенсации морального вреда отказал.

Областной суд пришел к выводу, что данные правоотношения, как возникшие из договора перевозки пассажиров в общественном транспорте, бесспорно подпадают под действие Закона РФ «О защите прав потребителей». Кроме того, согласно ст. 426 ГК РФ о публичном договоре законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. В данном случае бесспорно установлено и никем из участников процесса не оспаривается, что истец предъявил кондуктору удостоверение ветерана труда, подтверждающего наличие у него льготы. Изложенные обстоятельства однозначно свидетельствуют о том, что в данном случае имело место нарушение права потребителя на бесплатный проезд в общественном транспорте. Исходя из изложенного, суд признал требования истца о компенсации морального вреда законными. [286]

Потребитель имеет право по своему выбору предъявить претензию перевозчику либо сразу обратиться в суд о возмещении убытков и взыскании неустойки, а также и компенсации морального вреда. Можно привести следующий пример, но опять же из российской судебной практики.

Так, пассажир К. приобрел авиабилеты себе и своей семье по маршруту Казань-Шарм-эль-Шейх - Казань, выполняемый ОАО «Авиакомпания «Татарстан», 01.11.2002 г. «туда» и 10.11.2002 г. «обратно». 10.11.2002 г. при вылете «обратно» рейс был задержан по причине неисправности материальной части воздушного судна, поэтому пассажир и его семья были вынуждены задержаться в аэропорту Шарм-эль-Шейх до 12.11.2002 г., тем самым понести расходы, связанные с проживанием и питанием. Помимо этих расходов семья К. понесла дополнительные расходы, связанные с оплатой стоянки автомашины в аэропорту Казани в размере 80 руб. и сам К. понес убытки по неоплате двух рабочих дней в размере 3 000 руб. Все указанные расходы и убытки были оплачены авиакомпанией «Татарстан» после рассмотрения претензии пассажира К. [287]

Требования пассажира-потребителя об уплате неустойки, предусмотренной законом или договором, подлежат удовлетворению перевозчиком в добровольном порядке, в противном случае суд был вправе взыскать с перевозчика штраф в размере цены иска в доход соответствующего бюджета за отказ от добровольного удовлетворения требований пассажира (ст.20 прежнего Закона «О защите прав потребителей»). Новый Закон РК с одноименным названием исключил данную норму. Хотя указанное положение прямо не названо в транспортном законодательстве, следует говорить о необходимости применения такого способа защиты прав потребителей как более слабой стороны в договоре перевозки.

Таким образом, договор перевозки грузов, пассажиров и багажа транспортом общего пользования содержит практически все признаки публичного договора.

Договоры хранения

Договору хранения посвящена Глава 39 ГК РК. В науке отечественного гражданского права помимо соответствующих параграфов в учебниках и комментариях к гражданским кодексам, договор хранения рассматривался редко, например, в статье С.И.Климкина, но автор не ставил цель охарактеризовать его в качестве публичного договора. [288, с.20-24] В 2010 году выполнено диссертационное исследование Ибрагимовой Ф.Г., но и в нем не делается акцент на публичном характере договора хранения и выявлении признаков публичности. [289]

Договор хранения - это соглашение сторон, по которому хранитель обязуется хранить имущество, переданное ему поклажедателем и возратить имущество в сохранности (ст.768 ГК РК). Договор является реальным, поскольку пункт второй названной статьи гласит, что договор хранения признается заключенным с момента передачи вещи на хранение; а также срочным, возмездным. Некоторые виды договоров хранения конструируются законодателем как консенсуальные, в частности, если хранитель осуществляет хранение в качестве предпринимательской деятельности.

В зависимости от различных оснований в договоре хранения можно выделить следующие его разновидности: профессиональное хранение, хранение в ломбарде, в камерах хранения транспортных орга-

низаций, хранение ценностей в банке, хранение в гардеробах организаций, хранение в гостиницах, на товарном складе, секвестр (хранение спорных вещей). Договор хранения между знакомыми, родственниками в предмет исследования не входит.

Поскольку к публичным договорам законодателем отнесены договоры хранения, заключаемые в предпринимательской деятельности (ст.770 ГК РК), то далее рассмотрим именно данный вид хранения. Один из признаков публичного договора закреплен в ст.770 ГК РК следующим образом: «Хранитель, осуществляющий хранение в силу своей предпринимательской деятельности, не вправе отказать в принятии вещи на хранение при наличии технических возможностей, если иное не установлено законодательными актами». То есть услуги по хранению должны оказываться таким хранителем-предпринимателем всякому, кто к нему обратится.

Публичный характер деятельности хранителей обусловлен названной выше и многими иными обстоятельствами, основными из которых являются обеспечение нормальной деятельности организаций (хранение в гардеробах) или предпринимателей-хранителей в получении разумного дохода, удовлетворение интересов граждан и юридических лиц в сохранности своего имущества и т.д.

Из смысла статей 387 и 770 ГК РК хранителем в публичном договоре хранения может быть как коммерческое юридическое лицо, так и индивидуальный предприниматель. Вместе с тем некоммерческие организации, безусловно, также могут быть хранителями в договоре хранения. В частности, это театры, библиотеки, учебные заведения и т.д. Однако казахстанский законодатель, на наш взгляд, необоснованно ограничивает круг хранителей в публичном договоре хранения, связывая их с осуществлением предпринимательской деятельности по хранению. Тем не менее, названные нами выше и другие аналогичные некоммерческие организации также не имеют права отказать поклажедателям в принятии вещи на хранение при наличии технической возможности. Более того, названные организации сами обязывают граждан пользоваться их услугами хранения под страхом отказа в оказании своих основных услуг. Следовательно, потребители услуг хранения в гардеробах организаций вынуждены заключать такой договор хранения, такой договор для них является обязательным. Поэтому такой признак публичного договора, как

характеристика одной стороны только как коммерческой организации, занимающейся предпринимательской деятельностью, в данном случае некорректен и требует распространительного толкования. Ведь именно характер деятельности хранителя в данном случае является определяющим для обозначения публичного характера договорного правоотношения, оказывающего воздействие на широкие массы граждан и юридических лиц. Отсюда, в договорах хранения хранителем может быть не только предприниматель, но и некоммерческая организация, которая в силу публичного характера своей деятельности обязана заключить такой договор с каждым, кто к ней обратится. И, конечно, теоретически не исключается право поклажедателя обратиться в суд для понуждения к заключению договора в случае отказа. Но здесь, наоборот, некоммерческие организации сами понуждают клиентов заключить данный договор.

Поклажедателем может быть физическое лицо, обладающее необходимой степенью дееспособности, а также юридическое лицо и индивидуальный предприниматель. Например, несовершеннолетние могут сдать свои личные вещи в камеры хранения транспортных организаций, гардеробы учебных заведений, театров, библиотек, бассейнов и т.д. А юридические лица и индивидуальные предприниматели – быть поклажедателями в договорах хранения, заключаемых товарными складами общего пользования и т.д. Тем самым признак о распространительном толковании субъектного состава публичного договора подтверждается в договоре хранения.

Публичная оферта в рассматриваемых договорах также присутствует и выражается в оформлении специализированных помещений, снабженных соответствующими вывесками; открытыми дверцами шкафов камер хранения, устными требованиями о необходимости сдачи одежды в гардероб и т.д.

Договор хранения с профессиональным хранителем заключается в форме договора присоединения, который может быть разработан на основе типовых договоров. В частности, Правительством РК утверждены Типовая форма публичного договора на хранение зерна между хлебоприемным предприятием и владельцем зерна, [290] Типовая форма договора хранения хлопка-сырца. [291] Следовательно, признак заключения договора способом присоединения к заранее разработанному варианту оферента здесь также присутствует.

Присоединение может выражаться и в устной форме, путем выдачи легитимационных знаков.

Обязанностью поклажедателя является предупреждение хранителя о свойствах вещи (бьющееся, взрывоопасное, ядовитое и т.п.). Передача вещи (вещей) на хранение по общему правилу не входит в обязанности поклажедателя, однако если он обязался по договору передать (передавать) имущество на хранение предпринимателю, но не передал вещь на хранение в предусмотренный договором срок, он несет ответственность перед хранителем за убытки, причиненные в связи с несостоявшимся хранением, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором. От ответственности в таком случае поклажедатель освобождается, если он заявит об отказе от услуг хранителя в разумный срок.

В возмездном договоре хранения поклажедатель обязан уплатить хранителю вознаграждение. Размер вознаграждения хранителю по договору хранения определяется соглашением сторон, но исходя из требований о публичном характере договора, цена услуги по профессиональному хранению должна быть одинаковой для всех поклажедателей, т.е. в установленных законодательными актами случаях размер вознаграждения может определяться таксами, ставками, тарифами. Например, ставки государственного сбора за хранение на таможенном складе открытого типа (общего пользования); в камерах хранения транспортных организаций и т.п., что является еще одним из основных признаков публичного договора. Соглашением сторон или законодательными актами может быть обусловлена и безвозмездность хранения. Безвозмездность хранения также должна быть применима для всех поклажедателей на равных условиях.

Если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением сторон, вознаграждение за хранение должно быть выплачено хранителю по окончании хранения, а если оплата предусмотрена по периодам, - по истечении каждого периода. Если хранение прекращается до истечения определенного в договоре срока хранения, то хранителю должна быть выплачена соразмерная часть вознаграждения.

В соответствии с п.1 ст.781 ГК РК поклажедатель обязан по истечении срока взять обратно сданную на хранение вещь. Если поклажедатель не взял обратно вещь с указанным сроком хранения,

то по истечении предусмотренного договором срока он обязан уплатить хранителю вознаграждение за дальнейшее хранение вещи в прежнем размере.

Поклажедатель имеет право в любое время потребовать вещь от хранителя, даже если по договору был предусмотрен иной срок хранения. Однако в этом случае поклажедатель обязан возместить хранителю убытки, вызванные досрочным прекращением обязательства, если договором не предусмотрено иное (п.2 ст.773 ГК РК).

Хранитель отвечает за утрату, недостачу или повреждение вещи, принятой на хранение. Он освобождается от ответственности, если докажет, что утрата, недостача или повреждение вещи произошли не по его вине. Однако лицо, осуществляющее хранение в силу своей предпринимательской деятельности, освобождается от ответственности за несохранность вещи лишь в случаях, когда утрата, недостача или повреждение вещи вызваны непреодолимой силой либо свойствами самой вещи, либо умыслом или грубой неосторожностью поклажедателя. Данное правило основано на норме п.2 ст.359 ГК РК. Если по истечении срока хранения, предусмотренного в договоре, или срока, указанного хранителем в порядке, установленном в ст.773 ГК РК, вещь не будет взята обратно поклажедателем, хранитель отвечает за утрату, недостачу или повреждение этой вещи лишь при наличии с его стороны умысла или грубой неосторожности.

Убытки, причиненные поклажедателю утратой, недостачей или повреждением вещи, возмещаются хранителем в соответствии со ст.350 ГК РК, если законодательными актами или договором не предусмотрено иное. Если при сдаче на хранение была произведена оценка вещи, которая указана в договоре или ином письменном документе, выданном хранителем, ответственность хранителя определяется, исходя из суммы оценки.

При безвозмездном хранении убытки, причиненные поклажедателю утратой, недостачей или повреждением вещи, возмещаются: за утрату или недостачу вещи - в размере стоимости утраченной или недостающей вещи; за повреждение вещи - в размере суммы, на которую понизилась ее стоимость.

Если в результате повреждения, за которое хранитель отвечает, качество вещи изменилось настолько, что она не может быть использована по первоначальному назначению, поклажедатель вправе от

нее отказать и потребовать от хранителя возместить стоимость этой вещи, а также возмещения других убытков, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

Поклажедатель отвечает за убытки, причиненные хранителю в результате несообщения о свойствах вещи, в результате которых причинен вред самому хранителю либо иным его клиентам-поклажедателям, если хранитель, принимая вещь на хранение, не знал и не должен был знать об этих свойствах (ст.782 ГК РК).

Анализ нормативных правовых актов, практики их применения и научной литературы по данному вопросу показывает, что к публичным договорам хранения с участием граждан-поклажедатель наряду с нормами Гражданского кодекса, специальных законодательных и подзаконных актов по видам хранения, также должны применяться и специальные нормы о защите прав потребителей, что мы отнесли к числу признаков публичного договора.

К отдельным видам публичного договора хранения мы относим договор хранения вещей в ломбарде (ст.784 ГК РК), хранение ценностей в банке (ст.786), хранение в камерах хранения транспортных организаций (ст. 787), хранение на товарном складе (параграф 3 Главы 39), хранение в гостинице (ст.789), хранение в гардеробах организаций (ст.788). В частности, несмотря на то, что казахстанский законодатель не называет договор хранения в ломбарде публичным, ст.919 ГК Российской Федерации прямо говорит об этом. Законы РК «О зерне», «О хлопке», Таможенный кодекс непосредственно называют публичными договоры хранения соответственно зерна, хлопка, товаров на таможенном складе, которые являются видами договора складского хранения. Для некоторых из названных нами видов договоров Правительством РК утверждены Типовые формы, в частности, Типовая форма договора на хранение хлопка-сырца и первичной переработки хлопка-сырца в хлопок-волокно. Утверждение Правительством РК Типовой формы с детальной регламентацией содержания договора является еще одним признаком публичного договора.

Таким образом, договоры хранения, осуществляемые в силу профессиональной предпринимательской и иной, не связанной с предпринимательством, производственной деятельности, имеют практически весь набор из выделенных нами признаков публичного договора.

Договор о депонировании произведений, являющихся объектами авторского права

Законодатель отнес к публичным договорам не только названные им правоотношения в сфере обязательственного права, но затронул также и сферу исключительных прав. Пункт 2 ст.979 ГК РК гласит: «Депонирование произведения осуществляется на основе *договора правообладателя с депозитарием, устанавливающего условия использования произведения. Такой договор и договор депозитария с пользователем* являются публичными (статья 387 настоящего Кодекса)».

Особенность субъективного авторского права заключается в том, что права возникают и охраняются с даты создания произведения и в силу самого факта его создания. Выполнения формальностей в виде обязательной государственной регистрации для признания авторского права не требуется. В Казахстане авторы имеют право по желанию зарегистрировать свои права на основании Инструкции о государственной регистрации прав на произведения, охраняемые авторским правом и смежными правами. [292] Такая процедура помогает при возникновении необходимости подтверждения своих прав авторами. Депонирование рукописей также не является общеобязательным требованием, а может быть применено по усмотрению автора. Дополнительно к Инструкции о государственной регистрации прав в Казахстане действуют Правила сдачи, принятия и хранения рукописей неопубликованных произведений (далее - Правила). [293]

Пункт первый ст.979 ГК РК определяет, что депонирование рукописей произведений, других произведений на материальном носителе, в том числе на машинном, признается использованием произведения, если такое депонирование произведено в открытом для доступа каждом хранилище (депозитарии) и допускает получение по договору с депозитарием экземпляра произведения любым лицом. Следует отметить, что речь в данной статье идет о двух договорах – это, во-первых, договор автора либо иного законного правообладателя с депозитарием о сдаче на депонирование рукописи и об условиях ее использования третьими лицами. Второй договор – это договор третьего лица - пользователя - с депозитарием о доступе к данному произведению и его использовании в рамках законодательства об авторском праве и смежных правах.

Рассмотрим такой признак публичного договора в данном правоотношении, как наличие публичного интереса. Бесспорно, что обязанностью правового государства является всемерное закрепление и защита исключительных прав, в том числе субъективных авторских прав. Однако законодатель устанавливает такую защиту уже с самого начала создания произведения, регламентировав на законодательном уровне в двух законодательных актах возникновение права авторства фактом создания объекта. Регистрацию и сдачу объекта на депонирование законодатель ввел в качестве диспозитивной возможности, дополнительно к уже имеющимся нормам. Обязательной сдачи на депонирование произведений не требуется, поскольку права авторов защищены другими императивными нормами. Поэтому публичного интереса, интереса всех и каждого в непереносимом совершении комментируемых действий не усматривается.

Из легального определения публичного договора следует, что предметом публичного договора могут быть только такие обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые «хранитель» должен осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится. Формально такой признак в рассматриваемом правоотношении присутствует. Однако субъект – депозитарий (хранитель) по своему статусу выходит за рамки характеристики обязанной стороны публичного договора. Из действующей ныне дефиниции публичного договора следует, что сторона, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору – это «коммерческая организация», в некоторых случаях – некоммерческая организация. Хранитель же по договору о депонировании произведений, хотя и некоммерческая организация, но это государственный орган – Комитет по правам интеллектуальной собственности Министерства юстиции РК, выполняющий организационно-распорядительные функции. То есть «исполнитель» данного договора не соответствует признакам ст. 387 ГК РК. Более того, данная услуга включена в перечень обязательных 130 государственных услуг, выполняемых государственными органами и организациями (п.107 Реестра государственных услуг) и подлежит в дальнейшем регулированию Стандартом оказания данной государственной услуги. Тем самым законодателем Казахстана, по нашему мнению, допущена коллизия норм двух статей – ст.387 ГК РК и ст.979 ГК РК. В Российской Федерации данный договор не отнесен к публичным.

Круг потребителей может быть неограниченным, закон не ставит преград для осуществления авторами предусмотренного для них права, однако по состоянию на 1.10.2010 г. в Казахстане на хранение депозитарию было сдано всего несколько рукописей произведения. Произведений в иных формах и на иных носителях на хранение не сдавалось.

Здесь не может быть преддоговорных споров в силу беспорочности прав авторов на закрепление своего права авторства.

Говоря об иных признаках публичного договора, отметим, что регламентированность договора подзаконными актами присутствует. Вместо составления и подписания сторонами одного документа с названием «Договор о депонировании произведений...» автору выдается «Справка» установленного образца, подтверждающая факт принятия, например, рукописи, на хранение. То есть имеет место заключение договора способом присоединения к заранее разработанному стандарту.

Вместе с тем на правоотношения, охватываемые договором о депонировании произведений, не распространяются нормы законодательства о защите прав потребителей, так как право интеллектуальной собственности не охватывает сферу домашнего, семейного, бытового потребления.

Стороны договора – это уполномоченный государственный орган, осуществляющий государственное регулирование в области авторского права и смежных прав – Комитет по правам интеллектуальной собственности РК, именуемый в данном случае депозитарием. Потребителями данной услуги в области права интеллектуальной собственности являются физические лица – автор (авторы) или иные законные правообладатели.

В Российской Федерации правом регистрации и депонирования произведений обладает, в частности, Российское авторское общество, являющееся некоммерческой организацией по коллективному управлению правами авторов, издателей и иных правообладателей.

Объектом договора о депонировании могут быть рукописи неопубликованных произведений, а также рукописи производных произведений (переводы, обработки, аннотации, рефераты, резюме, обзоры и другие переработки произведений науки, литературы и искусства); рукописи сборников (энциклопедии, антологии, базы данных) и других составных произведений, представляющих собой по

подбору и (или) расположению материалов результат творческого труда. Если произведение производное, то необходимо указать автора основного использованного произведения.

В Казахстане лицу, сдавшему рукопись, выдается Справка, в которой указываются дата приема рукописи, фамилия, имя, отчество, паспортные данные автора, название произведения, форма или жанр, степень его оригинальности (оригинальное или производное). В Российской Федерации выдается Свидетельство о регистрации и депонировании произведения, что, на наш взгляд, повышает статус данного охранного документа. Тем самым официально подтверждается факт существования произведения на такую-то дату и то, что на эту дату автор заявил о своем авторстве на это произведение. Копия такого документа (справки, свидетельства) может быть приложена к договору автора с продюсером, издателем, режиссером и т.д.

Депозитарий обязан, во-первых, принять произведение на бумажном или ином носителе на хранение. Во-вторых, он обязан принять меры, обеспечивающие сохранение у рукописей признаков и свойств, в силу которых они имеют значение. Для осуществления этой обязанности депозитарий должен иметь специально оборудованное помещение со стеллажами, обитой металлом дверью, зарешеченными окнами, охраной и противопожарной сигнализацией. При отсутствии такого помещения выделяется специальное хранилище (металлический шкаф).

Рукописи неопубликованных произведений могут быть выданы автору и правообладателю на основании заявления, а также государственным органам в установленном законодательством порядке (п.11 Правил). Для учета рукописей неопубликованных произведений в уполномоченном органе ведется книга по установленной форме (приложения 2, 3 к Правилам), которая находится у лица, ответственного за хранение и учет рукописей неопубликованных произведений. Ведение книги осуществляется по правилам ведения документов строгой отчетности, то есть каждый лист книги нумеруется, книга прошнуровывается и скрепляется печатью, а также подписью первого руководителя. Дополнительно может быть создана электронная база данных принятых на хранение рукописей

Запись в книге учета рукописей неопубликованных произведений производится лицом, ответственным за хранение и учет руко-

писей неопубликованных произведений. Лицо, ответственное за хранение и учет рукописей неопубликованных произведений, при регистрации в книге учета проверяет соответствие принимаемых рукописей требованиям законодательства.

Регистрация рукописей неопубликованных произведений в книге записи производится в хронологическом порядке, каждая рукопись записывается отдельно, при этом каждой рукописи присваивается порядковый номер. Лицо, ответственное за хранение и учет рукописей неопубликованных произведений, несет ответственность за их сохранность в пределах своей компетенции в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Представляется, что, несмотря на отсутствие об этом сведений в Правилах, обязанностью депозитария является также возврат рукописи произведения по письменному требованию правообладателя с внесением соответствующих записей в названные выше журналы.

Что касается второй стороны договора, названной законодателем автором и правообладателем, то, исходя из конструкции реального договора, обязанностей у нее не возникает. Передача на хранение рукописи – это право автора, пользование переданной на депонирование рукописью – также право пользователя. Определять срок депонирования и условия доступа пользователей к его произведению, решать вопрос о сроке хранения – право автора.

Тем самым договор, прямо поименованный публичным на законодательном уровне, явно выходит за рамки общих правил, установленных ст.387 ГК РК. Депонирование произведений отнесено к государственным услугам, депозитарием является государственный орган, потребители данной услуги не характеризуются большим количеством, преддоговорные споры возникнуть не могут вследствие бесспорности права авторства с момента создания произведения, а не сдачи его на хранение; договор не является обязательным для автора; законодательство о защите прав потребителей не может применяться, хотя в роли потребителей выступают только физические лица. Проведенный анализ дает основание внести предложение об исключении из текста п.2 ст.979 ГК РК второго предложения, гласящего: «Такой договор и договор депозитария с пользователем являются публичными (статья 387 настоящего Кодекса)».

Договоры в сфере банковского обслуживания

Банковскому обслуживанию посвящена Глава 38 ГК РК. Как говорит Е.Б.Осипов, выделение договоров банковского обслуживания в отдельную группу произведено по несвойственному общим принципам основанию, то есть не по предмету договоров, а по субъектному составу: непременным участником таких правоотношений является банк. [294, с.290]

В соответствии со ст.739 ГК РК договор банковского обслуживания – это соглашение сторон, по которому одна сторона (банк) обязуется по поручению другой стороны – клиента – оказать банковские услуги, а клиент обязуется оплатить эти услуги, если иное не предусмотрено договором.

В свою очередь, под термином «оказать банковские услуги» имеется в виду оказание банками возмездных услуг на основании договоров банковского счета, банковского вклада, перевода денег, финансирования под уступку права требования, финансового лизинга, банковской гарантии, на управление денежными средствами и ценными бумагами, хранения ценных бумаг и иных ценностей, предоставления сейфовых услуг, форфейтинга, факторинга и других.

В научной литературе по поводу правовой природы банковских договоров существуют различные точки зрения. Например, в отношении договоров банковского счета, банковского вклада, перевода денег, хранения ценных бумаг, предоставления сейфовых услуг и других преобладающим является взгляд как на самостоятельные гражданско-правовые договоры, относимые к категории договоров об оказании услуг в широком смысле. Вместе с тем договор, например, банковского вклада одни авторы признают договором иррегулярной поклажи (разновидностью хранения), ссылаясь на то, что по данному договору денежная сумма передается банку на хранение и обезличивается, а банк обязан вернуть вкладчику равную сумму. Однако, как верно отмечает И.Н.-Житников, сторонники такой точки зрения не принимают во внимание тот факт, что банк не просто хранит денежные средства, а использует их, и в данном правоотношении вознаграждение выплачивается не хранителю (банку), а тому, кто передает деньги на хранение. [295, с.6-7]

Другие ученые рассматривают договор банковского вклада в виде разновидности договора займа, некоторые из них считают вклад не чистым видом займа, а соединенным с некоторыми элементами хра-

нения, и т.д. В частности, В.Ф.Лазаренко считает, что договор банковского вклада по целевой направленности относится к таким видам соглашений, как договоры по передаче имущества с целью возврата определенного количества вещей, и не имеет ничего общего с договорами по оказанию услуг. [296, с.7-8]

Несмотря на имеющиеся в юридической науке разноплановые мнения о правовой природе некоторых видов договоров банковского обслуживания, мы рассмотрим договоры банковского обслуживания на предмет их соответствия признакам публичного договора.

Из всей массы договоров банковского обслуживания, на наш взгляд, публичный характер имеют договоры *банковского счета, банковского вклада, перевода денег, договоры об открытии карт-счета и выдаче платежной карточки*, которые заключаются ежедневно и ежечасно множеством субъектов гражданского оборота, то есть данные договоры затрагивают интересы практически каждого индивида, а, значит, и всего общества. Так, для занятия предпринимательской деятельностью любые субъекты гражданского права обязаны открыть банковский счет, физическим лицам банковский счет необходим как для осуществления множества гражданских прав, так и исполнения обязанностей. В некоторых случаях законодатель обязывает субъектов вложить деньги на депозитный счет, а иногда сами субъекты испытывают в этом потребность, как и потребность хранения собственных сбережений не у себя дома, на свой риск, а в специализированных банковских учреждениях. Перевод денег насущно необходим не только для нормального рыночного оборота, но и для регулирования имущественных отношений между обычными гражданами. Уплата налогов производится посредством банковских услуг. И это только часть оснований для признания публичного характера названных нами видов банковской деятельности. Публично-правовой характер договора банковского счета обосновывался также А.А.Вишневским, [297, с.61] Э.М.Омурчиевой. [298, с.18]

Все договоры с участием банков второго уровня по классификации договоров относятся к предпринимательским договорам, т.к. банки – это коммерческие организации. В качестве одной из сторон договоров банковского обслуживания выступают специальные субъекты – банки, имеющие лицензию на осуществление соответствующих видов банковской деятельности и являющиеся коммерческими организациями.

В роли клиентов выступают как физические, так и юридические лица, как отечественные, так и иностранные (резиденты и нерезиденты). Причем круг клиентов банка и по лицам, и по количеству является неограниченным. В силу того, что в некоторых случаях заключение договоров банковского счета, вклада, перевода денег для клиентов является обязательным, и даже не только по такой причине, банки не имеют права отказывать клиентам в заключении названных и иных договоров. Именно для этой деятельности они получали статус банка и получали соответствующие лицензии. В российской судебной практике приведен случай понуждения к заключению договора банковского вклада одного из коммерческих банков г. Санкт-Петербурга. [181, с.15-16] Такой полезный опыт рекомендуется перенять и казахстанским судам.

В настоящее время в системе договорных обязательств договоры банковского обслуживания занимают значительный объем. По юридической характеристике договоры банковского обслуживания могут быть как реальными, так и консенсуальными.

Договоры банковского обслуживания предусматривают обязательную письменную форму договора. До момента заключения договора неразрешимых вопросов в самом процессе заключения обычно не возникает. Банк старается завлечь клиента, в том числе и активной рекламой привлекательных сторон оказываемых им услуг, а клиент находится еще в состоянии неопределенности, т.к. с окончательными условиями договора он еще не знаком. Вопросы и проблемы возникают, как правило, после заключения договора банковского счета, вклада и т.д., которое в силу своей обязательной письменной формы завершается подписанием его сторонами.

Так, одним из основных положений гражданского права, подлежащим применению и в банковских договорах, как отмечено выше, является принцип свободы договора. Одно из необходимых условий действия названного принципа в имущественном обороте заключается в том, что сторонам должна быть предоставлена возможность определять условия договора по своему усмотрению, за исключением только тех случаев, когда соответствующие условия предписаны законом или иным правовым актом. Отметим, что законом или иным правовым актом не предусмотрена типизация и стандартизация условий банковских договоров, а тем более право банков включать в договоры условия, нарушающие права клиентов.

Но на практике банки, как и электро-, тепло-, газоснабжающие организации, перевозчики, которые работают с большим количеством клиентов, используют в обороте типизированные, стандартные тексты договоров, стремясь предусмотреть в текстах договоров выгодные себя положения, которые могут возникнуть из их отношений с клиентами-потребителями. В них не признается никакое отступление от предложенных условий, не учитываются явно предполагаемые возражения другой стороны.

Кроме того, почти все банковские договоры конструируются в форме договора присоединения, в которых условия договора заранее изложены банком в тексте договора (формуляре), а клиенту банка невозможно реализовать принцип свободы договора путем внесения в него каких-либо изменений или дополнений. Заранее такие договоры клиентам не предлагаются для ознакомления, в связи с чем многие клиенты банков лишь впоследствии, при внимательном прочтении текста, узнают о каких-либо условиях, нарушающих их права. Причем тексты таких договоров пишутся мельчайшим шрифтом, что затрудняет возможность быстрого или подробного ознакомления с ними. Образно можно сказать, что весь объем договора банки умудряются поместить на одной машинописной странице, в то время как, например, в США договор составляется объемом в десятки страниц.

Формулирование условий договоров банковского обслуживания в одностороннем порядке увеличивает вероятность включения в договор присоединения условий, устанавливающих односторонние преимущества в отношении стороны, разрабатывающей условия договора, и, наоборот, чрезмерно обременительных условий для присоединившейся стороны. Например, АльянсБанк в качестве существенного включал в кредитный договор условие о запрещении досрочного погашения кредита. В случае же досрочного погашения кредита клиент уплачивает штраф в размере, определенном банком. Но об этом клиент узнавал только после заключения договора. Поэтому мы предлагаем в целях защиты клиента как более слабой стороны в договоре законодательно предусмотреть обязанность банков предоставлять письменную оферту - тексты договоров клиентам заранее с целью детального ознакомления, а также применять в тексте договора шрифты не менее 12 кегля. Тем самым присутствует еще один из названных нами признаков публичного договора – зак-

ключение договора способом присоединения к заранее разработанному варианту оферты.

Цена договоров банковского обслуживания, т.е. вознаграждение (интерес) банка, для однородных категорий клиентов должны быть одинаковыми, что соответствует природе публичного договора. М.И.-Брагинский, признавая публичный характер деятельности банков, и усматривая в договоре банковского счета несколько признаков публичного договора, тем не менее, приходит к выводу, что договор банковского счета не является публичным, т.к. в нем нет признака заключения договора по одинаковой цене со всеми потребителями, т.к. открытие счета производится «на условиях, согласованных сторонами». [17, с.253] Однако на самом деле никакого согласования сторон в договорах банковского счета и других банковских договорах не присутствует. Наоборот, все условия договора устанавливаются только в одностороннем порядке самим банком.

О наличии публичной оферты свидетельствует сам характер деятельности банка, который не может существовать без привлечения неограниченного, все большего круга клиентов. Об этом же свидетельствует размещение здания, помещений банка, наличие соответствующих отличительных вывесок, наличие заранее разработанных видов различных оферт. Однако порочная по отношению к клиентам практика, по которой клиентам конкретные тексты договоров заранее не предлагаются для ознакомления, ведет к невозможности клиентов обратиться с претензией к самому банку или предъявить в суде преддоговорной спор. Если споры и возникают, то по поводу уже заключенного договора. Тем не менее, наличие такой негативной практики не говорит о том, что преддоговорные споры по договорам банковского обслуживания не могут иметь место.

По ГК Российской Федерации договор банковского счета в классификации договоров относится к так называемым «обязательным» договорам (п.2 ст.846, ст.445 ГК РФ, ст.399 ГК РК), а договор банковского вклада с участием гражданина прямо отнесен к публичным договорам (п.2 ст.834 ГК РФ), что в совокупности подтверждает наше мнение.

В Казахстане же ни один из названных договоров не отнесен законодателем ни к «обязательным», ни к публичным, что явно не соответствует провозглашенному Конституцией приоритетному на-

правлению отечественного законодательства о защите прав гражданина. Субъекты банковских договоров по закону являются социально и экономически равноправными и самостоятельными, однако при установлении прав и обязанностей, а также ответственности сторон по договору в зависимом положении оказываются только клиенты.

Деятельность их осуществляется в конкурентной среде, что предполагает принятие банками систематических мер по повышению спроса на свои услуги с целью привлечения все большего числа клиентов-потребителей. Парадокс заключается в том, что, несмотря на официально свободный характер таких договоров, на самом деле они очень серьезно ущемляют интересы другой стороны, то есть клиентов банка, что вызывает необходимость принятия адекватных мер по защите наиболее слабой стороны данных договоров.

В условиях конкуренции среди банков в гражданском обороте должна происходить борьба банков за клиентов путем установления более льготных условий по сравнению с условиями других банков. Однако практика показывает, что такого не происходит, следовательно, можно сделать субъективный вывод о наличии негласного сговора банков против своих клиентов, сущность которого заключается в понуждении клиентов любыми средствами заставить заключить договор на условиях, выгодных банку, но не выгодных клиентам. Более того, в банковской деятельности имеет место лоббирование ими же созданных страховых компаний, понуждение клиентов к заключению, например, договора страхования заложенного под выплату кредита имущества только с фирмами, лоббируемыми конкретными банками. Хотя, как известно, договор страхования также является для нас, потребителей, клиентов, свободным договором и право выбора страховщика никто не изменял на обязанность выбора конкретного страховщика.

В договорах банков с участием клиентов-граждан в случаях нарушения прав клиентов следует применять нормы законодательства о защите прав потребителей, в том числе о праве на компенсацию морального вреда. Субсидиарное применение законодательства о защите прав потребителей в случаях, когда товары, работы и услуги приобретаются в потребительских целях, является еще одним признаком публичного договора.

Кроме того, для некоторых категорий самих клиентов банка заключение названных договоров является не добровольным, а обяза-

тельным, что свидетельствует о наличии еще одного элемента публичного договора.

Считаем, что законодатель в интересах наименее защищенной стороны в договорах должен отнести договор банковского счета, банковского вклада, перевода денег, обслуживания платежными карточками к категории публичных договоров. Это позволит повысить степень защиты гражданских прав слабой стороны в договоре.

Е.Б.Осипов признает, что отнесение банковских договоров к публичным договорам является проблемой, требующей разрешения, в связи с наличием произвола доминирующей стороны. К публичным договорам он считает возможным отнести договоры банковского счета и банковского вклада, в которых объективно присутствует неравенство сторон. Другое основание отнесения договоров банковского обслуживания к категории публичных договоров он видит в растущей монополизации банковской деятельности. [294, с.291-292] Аналогичное мнение высказано Е.Коваленко. [299, с.143-144]

Тем самым, как видно из проведенного исследования, договоры с участием банков имеют все основные признаки публичного договора.

Договор возмездного оказания гостиничных услуг

Гостиничные услуги названы законодателем в содержании ст.387 ГК РК в качестве примера сферы действия публичных договоров. В Казахстане в последние полтора десятилетия строительство гостиниц стало развиваться очень интенсивно, в этом деле активное участие принимает само государство, оказывая всемерную поддержку при строительстве гостиниц международного уровня. Об этом свидетельствуют многочисленные Постановления Правительства РК.

Фактически в Казахстане данный вид услуг не урегулирован на уровне законодательных актов, кроме упоминания гостиниц в качестве хранителей в ст.789 ГК РК. Постановлением Госкомитета РК по ценовой и антимонопольной политике от 20.09.1996 г. были утверждены Правила бытового обслуживания населения в РК (утратили силу 15.12.2004 г.), но и в них не были регламентированы гостиничные услуги.

Пункт 4 ст.1 Закона РК «О жилищных отношениях» содержит отсылочную норму: «Проживание в гостиницах, пансионатах, интернатах, домах престарелых и других помещениях аналогичного назначе-

ния регулируется законодательством». [300] Однако данная норма не была подкреплена содержанием, имел место правовой пробел.

ЗРК «О туристской деятельности в Республике Казахстан» [301] не содержит термина «гостиничные услуги», а говорит лишь о «местах размещения туристов», имея в виду гостиницы, мотели, кемпинги, туристские базы, гостевые дома, дома отдыха, пансионаты и другие здания и сооружения, используемые для проживания туристов и их обслуживания (п.8 ст.1). Но и в этом законе гостиничные услуги не были регламентированы. И лишь 5.07.2008 г. на основании Закона РК «О техническом регулировании» и Постановления Правительства РК от 4.02.2008 г. № 90 «Об утверждении технического регламента «Процедуры подтверждения соответствия» [302] данный Закон был дополнен статьей 15-1 «Классификация мест размещения туристов», в соответствии с которой места размещения туристов подлежат классификации в целях содействия увеличению потока туристов и доходов от всех видов туризма. Во исполнение норм законодательных актов и постановления Правительства Приказом Министра туризма и спорта РК № 01-08/200 были утверждены «Правила классификации мест размещения туристов». [303] Правила классификации мест размещения туристов определяют основные цели, организационную структуру, минимальные требования и регулируют порядок присвоения категорий местам размещения туристов. Целью проведения классификации названо обеспечение развития туристских комплексов, определение стандартного оснащения мест размещения туристов, обеспечение стандартов обслуживания и стабильности качества предоставляемых в местах размещения туристов услуг. При проведении классификации рассматриваются характеристики мест размещения туристов, позволяющие осуществить аттестацию на одну из категорий на основе правил классификации мест размещения туристов.

Кроме того, Постановлением Правительства РК от 21.04.2008 г. № 366 были утверждены Правила предоставления физическими и юридическими лицами торговых, развлекательных, гостиничных, медицинских и иных услуг на территории столицы. [304]

В науке гражданского права Республики Казахстан оказание гостиничных услуг не было еще объектом научных изысканий. Ни в одном учебнике по гражданскому праву либо в комментариях нами

также не найдено публикаций о гостиничных услугах. В Российской Федерации среди трудов об исследовании гостиничных услуг можно назвать диссертацию А.В.Тихомировой на тему «Оказание гостиничных услуг по российскому гражданскому праву». [305] Еще одно специальное исследование выполнено М.В.Ариффулиным, но по экономическим наукам, на тему «Пути повышения эффективности гостиничных услуг». [306]

Анализ показал, что гостиничные услуги рассматриваются авторами в основном в научных трудах на тему о туристических услугах в качестве одного из их компонентов. В частности, в работах К.С. Свиридова, [307] Н.С. Сирик, [308] С.Л. Соловьева, [309] Д.А. Жмулиной [310] и некоторых других. Однако гостиничные услуги востребованы не только в связи с оказанием туристических услуг, но и с нахождением в командировке, выездом на работу в другую местность, отсутствием собственного жилища и т.п., что свидетельствует о публичном характере деятельности по оказанию гостиничных услуг. Публичный характер деятельности гостиниц обусловлен также тем, что их услуги направлены на применение большими группами физических лиц, независимо от их гражданства, возраста, национальности, расы, вероисповедания и т.д., в «круглосуточном» режиме.

Публичная оферта выражается в характере размещения гостиниц, оснащении их вывесками, распространением адресов и телефонов, наличием круглосуточной принимающей службы и т.п.

Поскольку законодатель прямо отнес оказание гостиничных услуг к сфере действия публичных договоров, то гостиницы не имеют право отказать в заключении данного договора любому обратившемуся. Факт невозможности оказать услугу из-за отсутствия свободных мест или номеров должна доказывать гостиница. На практике зачастую случается наоборот, но судебные споры по такой категории дел в Казахстане отсутствуют в силу обыденного незнания нашими соотечественниками о публичном характере договора возмездного оказания гостиничных услуг и права на судебное обжалование неправомерного отказа исполнителя от заключения договора при наличии такой возможности.

Гостиничные услуги являются одним из видов возмездных услуг, регламентированных Главой 33 ГК РК. Исходя из этого, за неимением легального определения договора оказания гостиничных услуг,

попытаемся в обобщенном виде сформулировать определение рассматриваемого договора: по договору возмездного оказания гостиничных услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика предоставить для проживания физического лица (лиц) место или отдельное помещение на срок, предусмотренный договором, а также оказать дополнительные услуги в соответствии с категорией гостиницы, а заказчик (гость) обязуется соблюдать правила проживания и оплатить предоставленные ему услуги.

Особенности субъектного состава данного договора, на наш взгляд, заключаются в том, что обязанной стороной являются коммерческие организации или индивидуальные предприниматели, имеющие на праве собственности или ином титульном владении гостиницы, кемпинги, мотели, санатории, дома отдыха, гостевые дома. В дальнейшем назовем их общеупотребительным термином «гостиницы». Важное значение при этом имеет отнесение помещений указанных учреждений к определенному классу, категории от «сюит», «апартамент», «люкс» до обычного жилого помещения, называемого в обобщенном виде «номер».

В качестве заказчиков данных услуг выступают, как правило, физические лица либо юридические лица в пользу третьих лиц (физических). На наш взгляд, некорректно называть их туристами, более подходящим по смыслу является общий легальный термин «заказчик» либо «гость», от которого и произошло, в сущности, слово «гостиница». Понятие «турист» логично применимо в тех правоотношениях, когда проживание в гостинице связано действительно с осуществлением туризма. Некоторые авторы называют потребителя гостиничных услуг «постоялец». [311, с.81]

Форма договора – простая письменная, оформляется путем выдачи клиенту-потребителю квитанции с фискальным кассовым чеком и указанием стоимости гостиничных услуг, что говорит о заключении договора способом присоединения к условиям доминирующей стороны.

Предмет договора – это не только услуги по предоставлению жилища или койко-места для проживания, но и множество сопутствующих услуг, в частности, телефонной связи, информационных услуг, услуг общественного питания и т.д. Набор сопутствующих услуг зависит от класса, категории гостиницы.

Цена договора возмездного оказания гостиничных услуг должна быть одинаковой для всех клиентов, но в данном виде публичного договора цена зависит не только от класса гостиницы, а также от категории самого номера. Поскольку законодатель прямо назвал такой договор публичным, то цены в гостиницах за помещения одинаковой комфортности, классности предполагаются одинаковыми для всех клиентов. На практике же существует огромный разброс цен, которые устанавливаются самими услугодателями при отсутствии государственного регулирования.

За неимением иных правовых норм обратимся к названному Постановлению Правительства РК «Об утверждении Правил предоставления физическими и юридическими лицами торговых, развлекательных, гостиничных, медицинских и иных услуг на территории столицы» (далее - Правила). [304]

Параграф 4 Правил посвящен порядку предоставления гостиничных услуг. Исполнители здесь названы поставщиками гостиничных услуг, которые должны осуществлять свою деятельность при наличии сертификата соответствия, выданного в установленном законодательством порядке.

Здание гостиницы (либо часть здания, в котором расположена гостиница) должно обеспечиваться освещаемыми или светящимися информационными вывесками с указанием наименования гостиницы, распорядка работы и площадок для стоянки автотранспортных средств на государственном, русском и при необходимости на английском языках (п.26).

Услугодатель должен обеспечить наличие:

1) телефонов коллективного пользования в вестибюле и (или) в кабине с городской, междугородней и международной связью;

2) в гостиничных номерах: телефонной связи, перечня предоставляемых услуг, противопожарной инструкции, телефонного справочника, буклетов, брошюр и других материалов с информацией для туристов на государственном, русском и при необходимости на английском языках.

В качестве дополнительных оплачиваемых услуг Правила называют услуги прачечной, химчистки; услуги по вызову такси; по организации экскурсий по столице; по предоставлению электронных средств связи, копировальной техники, подключению к электрон-

ной сети Интернет; спортивно-оздоровительных; иных услуг в соответствии с договором между потребителем и поставщиком гостиничных услуг.

Порядок и условия проживания в гостинице определяются правилами проживания в гостинице, устанавливаемыми самим услугодателем.

Специальные требования предъявляются к персоналу гостиницы, который должен иметь соответствующую профессиональную подготовку, одет в специальную одежду и носить служебные значки (бейджи). Функциональные обязанности персонала устанавливаются администрацией гостиницы в соответствующих инструкциях.

Гостиницы обязаны давать в регистрационном помещении письменную информацию об оказываемых услугах, ценах пребывания, перечне услуг и предельных сроках пребывания, установленных в данной гостинице, что может рассматриваться как публичная оферта и свидетельствует о публичном характере деятельности гостиниц. Возможно предварительное бронирование мест, которое при опоздании сохраняется в течение суток.

Некоторые виды услуг должны оказываться клиентам бесплатно: вызов скорой помощи, пользование медицинской аптечкой, доставка в номер корреспонденции, побудка к определенному времени, предоставление кипятка, иголок, ниток, одного комплекта посуды и столовых приборов. В организациях бытового питания и обслуживания, размещенных в гостинице, ее клиенты обслуживаются вне очереди. Недостатки оказываемых услуг гостиницы должны устранять в течение часа с момента предъявления клиентом соответствующего требования. Имущественная ответственность гостиницы и клиента в случае причинения ущерба подчинена общим правилам гражданского законодательства и Закона о защите прав потребителей, что также соответствует выведенному нами признаку публичного договора.

Обязанности и ответственность гостиниц в качестве хранителей регламентированы ст.789 ГК РК «Хранение в гостинице». Особо следует остановиться на правиле пункта 4 данной статьи, в соответствии с которым гостиница не освобождается от ответственности за несохранность вещей проживающих в ней лиц, даже если она делает объявление о том, что не принимает на себя этой ответственности. Данное обстоятельство указывает на наличие публичного инте-

реса государства, направленного на защиту слабой стороны договора. На практике широко распространенным явлением стало вывешивание гостиницей на видных местах объявлений о том, что за утрату вещей гостиница ответственности не несет.

На отношения по возмездному оказанию гостиничных услуг распространяются нормы Главы 33 ГК РК «Возмездное оказание услуг», поэтому соответствии со ст.684 ГК РК, исполнитель обязан оказать услуги лично, если иное не предусмотрено договором возмездного оказания услуг.

В то же время и клиент гостиницы обязан бережно относиться к имуществу гостиницы, соблюдать правила проживания, поскольку данный договор относится к взаимным двусторонним договорам. Заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг. В случае невозможности исполнения, возникшей по вине заказчика, услуги подлежат оплате в полном объеме, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором возмездного оказания услуг. В случае, когда невозможность исполнения возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, заказчик возмещает исполнителю фактически понесенные им расходы, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

Заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов (п.1 ст.686 ГК РК). Обычно данная норма применяется при условии предварительного бронирования мест в гостиницах.

Обратим внимание и на ст.687 Главы 33 ГК РК, в соответствии с которой к некоторым договорам возмездного оказания услуг применяются общие положения о подряде и бытовом подряде. На наш взгляд, договор возмездного оказания гостиничных услуг подпадает именно под правовое регулирование, сходное с бытовым подрядом, так как в случае оказания, например, некачественных гостиничных услуг как комплекса разнообразных действий, заказчик может потребовать устранения недостатков, возмещения убытков, изменения или расторжения договора. А договор бытового подряда официально отнесен законодателем к публичным договорам.

Поскольку к правоотношениям по оказанию гостиничных услуг в случаях нарушения прав заказчиков-граждан применяется законодательство о защите прав потребителей, то заказчики имеют право требовать также и компенсации причиненного морального вреда.

Однако в юридической литературе существуют различные точки зрения в отношении правовой природы данного договора. Из анализа имеющегося нормативного материала, как показано выше, можно говорить о сложном, составном характере содержания гостиничных услуг, о комплексе услуг. Сказанное дает основание некоторым исследователям относить договор оказания гостиничных услуг к смешанным договорам, например, совокупности договора найма жилого помещения и оказания услуг; либо к совокупности договора хранения и найма жилого помещения и т.п. Однако, как верно считает А.Е.Толстова, объектом договора возмездного оказания гостиничной услуги выступает сама комплексная гостиничная услуга, а входящие в ее состав элементы других договоров самостоятельного значения не имеют. [311, с.82]

Не совсем уместным представляется осуществление правового регулирования данного вида услуг только в рамках оказания туристских услуг, поскольку назначение и содержание гостиничных услуг гораздо шире, чем использование в туристской деятельности. Однако туристские услуги в Казахстане урегулированы довольно детально, хотя договор об этом и не назван легально публичным. В частности, Постановлением Правительства Республики Казахстан от 16 октября 2008 г. были утверждены Типовой договор на туристское обслуживание и Правила предоставления туристских услуг. [312] Туристские услуги более обширны по содержанию, подвержены более высокой степени риска в процессе их осуществления по сравнению с гостиничными услугами, а оказанием туристских услуг занимаются совершенно различные субъекты, что в совокупности вызывало ранее сомнения в возможности урегулирования таких услуг на уровне единых нормативных актов. Однако такие нормативные акты Правительством утверждены, эффективно применяются на практике, позволяя потребителям защищать свои права. Поэтому полагаем необходимым в целях более четкого правового регулирования публичного договора возмездного оказания гостиничных услуг утвердить аналогичным образом Правила предо-

ставления гостиничных услуг и/или Типовой договор об оказании гостиничных услуг.

Таким образом, наше исследование показало, что договор возмездного оказания гостиничных услуг содержит все основные элементы публичного договора - публичный характер деятельности, наличие публичной оферты, специфический субъектный состав, обязанность заключения договора по категориям номеров по одинаковой цене и заключение договора способом присоединения, урегулированность в части установления стандартов обслуживания и качества обслуживания по категориям гостиниц, дополнительное регулирование законодательством о защите прав потребителей.

Договоры возмездного оказания услуг связи

Услуги связи перечислены в числе других услуг в ст.387 ГК РК в качестве примеров сферы действия публичных договоров. Закон РК «О связи» под услугами связи имеет в виду деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, перевозке, доставке почтовых и специальных отправок, почтовых переводов денег, то есть почтовую связь, или сообщений телекоммуникаций – телефонную связь (п.12 ст. 2 Закона). [145] Сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для телекоммуникаций или почтовой связи.

В связи с самостоятельным правовым регулированием названных выше видов услуг связи, рассмотрим их в отдельности. Начнем с договора об оказании услуг телефонной связи.

Единая сеть телекоммуникаций Республики Казахстан представляет собой сеть телекоммуникаций, расположенную на территории РК и состоящую из сетей телекоммуникаций следующих категорий: сетей телекоммуникаций общего пользования; ведомственных сетей телекоммуникаций; выделенных сетей телекоммуникаций и др. В соответствии с целью и задачами, определенными темой исследования, нас интересуют в большей мере универсальные услуги, оказываемые сетями телекоммуникаций общего пользования, предназначенные для предоставления услуг связи всем пользователям на территории РК.

Сети телекоммуникаций общего пользования Казахстана взаимодействуют с сетями телекоммуникаций общего пользования иностранными.

ранных государств. В целях обеспечения интересов пользователей универсальными услугами телекоммуникаций, а также надежного функционирования сети телекоммуникаций, входящие в состав сети телекоммуникаций общего пользования, подлежат единому государственному нормативно-техническому регулированию. Вне нормативно-технических требований порядок функционирования и использования этих сетей телекоммуникаций определяется собственниками сетей связи самостоятельно, за исключением случаев, предусмотренных ЗРК «О связи», для деятельности по оказанию универсальных услуг телекоммуникаций.

Статья 26 Закона четко регламентирует, что для доминирующих операторов сети телекоммуникаций общего пользования договор присоединения, определяющий условия оказания услуг присоединения других сетей телекоммуникаций, а также связанные с этим обязательства по взаимодействию сетей и пропуску трафика, является публичным договором. Публичный характер деятельности операторов связи определяется также тем, что потребителями услуг телефонной связи являются миллионы субъектов: физических и юридических лиц.

Другой элемент публичного характера деятельности обязанной стороны договора закреплён в п.2 статьи 26: не допускается отказ доминирующего оператора связи от заключения договора присоединения. Более того, операторы сетей телекоммуникаций обязаны обеспечить на своих сетях каждому пользователю услугами связи техническую возможность свободного выбора оператора междугородной и (или) международной связи в порядке, определяемом уполномоченным органом. Пункт 3 ст. 33 Закона «О связи» ещё раз акцентирует внимание на том, что доминирующий оператор связи не вправе отказаться от возложенной на него обязанности по оказанию универсальных услуг телекоммуникаций. Под универсальными услугами телекоммуникаций Закон подразумевает минимальный перечень услуг телекоммуникаций, разрабатываемый уполномоченным органом и утверждаемый Правительством РК, оказание которых любому пользователю услугами связи в любом населённом пункте в заданный срок с установленными качеством и уровнем цен, обеспечивающими доступность этих услуг, является обязательным для операторов универсального обслуживания (предмет договора). Та-

кой Перечень в Казахстане утвержден постановлением Правительства от 31 марта 2009 г. [314]

Ст. 32 ЗРК «О связи» устанавливает, что предоставление универсальных услуг связи населению является обязательным, с установленными уполномоченным органом параметрами качества обслуживания. «Перечень регулируемых услуг (товаров, работ) субъектов естественных монополий» от 14.03.2006 г. (п.10) при условии отсутствия конкурентного оператора связи по причине технологической невозможности либо экономической нецелесообразности предоставления данных видов услуг, за исключением универсальных услуг телекоммуникаций, к сфере естественной монополии относит присоединение к сети телекоммуникаций общего пользования сетей телекоммуникаций операторов связи на местном уровне; на внутризоновом и междугородном уровнях; на междугородном и международном уровнях и другие. Предоставление телефонной канализации в пользование операторам связи также является сферой естественной монополии (п.11 Перечня).

В связи с наличием большого количества разнообразных договоров, опосредующих услуги связи, в юридической литературе появились публикации о классификации таких договоров, что позволяет пользователям выбрать наиболее приемлемый вид договора об оказании услуг связи. Так, Д.Е.Петров выделяет следующие группы договоров:

- 1) договоры об оказании услуг телефонной связи;
- 2) договоры об оказании услуг подвижной связи (независимо от места нахождения клиента, в том числе при движении);
- 3) договоры об оказании услуг связи, направленных на передачу данных и информации;
- 4) договоры об оказании услуг вещания;
- 5) договоры об оказании услуг телеграфной связи.

Автор предполагает, что с развитием новых технологий приведенная им классификация может расширяться и дополняться. [315, с.8-9]

Исполнителем в договорах оказания услуг связи выступают предприниматели - юридические и физические лица, называемые операторами связи, которые в требуемых законом случаях должны иметь соответствующую лицензию. Среди операторов связи закон особо выделяет доминирующего оператора связи – это оператор связи, занимающий доминирующее (монопольное) положение в области свя-

зи в соответствии с антимонопольным законодательством РК (Казахтелеком). Поэтому на услуги связи в этой части распространяется также законодательство о естественных монополиях.

Оказание универсальных услуг телекоммуникаций осуществляется операторами связи на конкурсной основе, поэтому следует предполагать, что они должны бороться за завоевание большего числа клиентов-абонентов путем улучшения качества и увеличения видов оказываемых услуг.

Количество операторов связи по оказанию универсальных услуг телекоммуникаций, действующих на административной территории, определяется, исходя из необходимости обеспечения универсальными услугами телекоммуникаций всех потенциальных пользователей.

Право на оказание универсальных услуг телекоммуникаций предоставляется по результатам конкурса, проведенного среди операторов связи сетей телекоммуникаций общего пользования, в порядке, определяемом Правительством РК. В случае отсутствия заявок на участие в конкурсе или невозможности выявления победителя оказание универсальных услуг телекоммуникаций возлагается уполномоченным органом на доминирующего оператора связи, предоставляющего услуги сети телекоммуникаций общего пользования на этой территории.

Под пользователями закон определяет абонентов, то есть физических или юридических лиц, получающих услуги связи на основании договоров при выделении для этих целей абонентского номера или кода идентификации.

Услуги связи телекоммуникаций являются обязательными по предоставлению не только гражданам и юридическим лицам в качестве абонентов, но и для всех операторов связи. В частности, ст. 25 Закона «О связи» обязывает операторов сетей общего пользования на основании договора осуществлять присоединение к сети всех операторов связи, в соответствии с правилами, утверждаемыми уполномоченным органом по согласованию с антимонопольным органом. Данную норму можно охарактеризовать по аналогии с наличием оптового и розничного рынков электрической энергии, где договоры на обоих рынках являются публичными.

Услуги операторов связи должны по качеству соответствовать стандартам, техническим нормам, условиям договора на предостав-

ление услуг связи. Услуги связи оказываются на равных условиях всем категориям пользователей (населению, бюджетным организациям, иным хозяйствующим субъектам) в соответствии с правилами предоставления услуг связи, утверждаемыми уполномоченным органом, с учетом льгот и преимуществ в порядке, установленном законодательством РК. Тарифы на универсальные услуги телекоммуникаций подлежат обязательному государственному регулированию и утверждаются уполномоченным органом. Это еще один из признаков публичного договора о цене, которая должна быть равной для всех. Вместе с тем ст.387 ГК РК предусматривает обязанность услугодателя предоставлять льготы по цене договора определенным категориям потребителей. В связи с этим Закон «О связи» устанавливает, что размер и порядок компенсации повышения тарифов абонентской платы за телефон социально защищаемым гражданам, являющимся абонентами городских сетей телекоммуникаций, определяются Правительством.

Договор об оказании услуг связи телекоммуникаций является одновременно и договором присоединения, условия которого излагаются в стандартных формулярах. Это еще один из признаков, характеризующих договорное правоотношение как рассчитанное на массовое применение, то есть носящее публичный характер.

В соответствии со ст. 36 ЗРК «О связи» защита прав пользователей на предоставление им услуг связи надлежащего качества, получение информации о таких услугах и об их исполнителях, а также механизм реализации таких прав регулируются законодательством РК. Тем самым законодатель, хотя прямо и не называя, вынужден признать, что к оказанию услуг связи применяются также и нормы законодательства о защите прав потребителей, что мы определили как еще один признак публичного договора с участием абонентов-граждан.

Нарушения прав потребителей в данной сфере допускаются на практике довольно часто, однако судебная практика не богата примерами. Причиной тому зачастую является правовой нигилизм наших сограждан, незнание способов и приемов закрепления и представления доказательств, а также естественное монопольное положение оператора связи, в частности, местных сетей телекоммуникаций (МСТ). С.В. Скрыбин приводит примеры судебного рассмотре-

ния такого спора с вынесением решения в пользу потребителя, причем даже с удовлетворением требования о компенсации морального вреда. [316, с.42-45]

Обязанностью операторов связи является обеспечение тайны телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям телекоммуникаций, за исключением случаев ограничения этого права в случаях и порядке, установленных законами Республики Казахстан.

Операторы связи сетей телекоммуникаций общего пользования, предоставляющие услуги местной телефонной связи, имеют право предоставлять друг другу по запросу доступ к данным о пользователях своей сети с целью создания справочных служб или опубликования справочника телефонных номеров. Информация предоставляется с учетом требований Закона «О связи» и законодательства о защите прав «пользователей» (потребителей). Получение от оператора связи служебной информации об абонентах допускается только с согласия пользователя и в случаях, предусмотренных статьей 15 Закона. Прослушивание телефонных переговоров, ознакомление с сообщениями телекоммуникаций, задержка, осмотр и выемка почтовых отправлений и документальной корреспонденции, получение сведений о них, а также иные ограничения тайны связи допускаются только в случаях и в порядке, установленных законами РК.

Пользователь – физическое лицо имеет право при наличии технических возможностей осуществления оператором связи повременного учета местных телефонных соединений выбрать абонентскую или повременную систему оплаты услуг. При повременной системе оплаты услуг по требованию пользователя оператор связи обязан предоставить бесплатно письменную информацию о состоявшихся местных телефонных соединениях, подлежащих оплате. В случае непредоставления такой информации пользователь услугами связи вправе произвести оплату услуг связи по абонентской системе.

Пользователь услугами связи - юридическое лицо осуществляет расчеты по повременной системе оплаты местных телефонных соединений и вправе установить сертифицированный счетчик учета телефонных соединений. Обращает на себя внимание тот факт, что законодатель называет слабую сторону публичного договора и пользователем, и абонентом.

Более детализированные условия содержатся в Правилах оказания услуг телефонной связи (далее - Правила). [317] Оказание услуг телефонной связи в пункте коллективного пользования оператора (переговорном пункте) оформляется путем заполнения бланка заказа со слов и в присутствии пользователя. При этом пользователю выдается квитанция или иной документ, подтверждающий прием заказа на оказание услуг телефонной связи. Оператор связи обязан довести до сведения пользователя информацию о своем наименовании, месте нахождения, режиме работы, а также о действиях, которые необходимо совершить пользователю для получения услуг телефонной связи. Данная информация размещается возле таксофона или предоставляется пользователю иным доступным способом.

Для заключения договора на оказание услуг телефонной связи физическое или юридическое лицо подает оператору связи письменное заявление. Заявителями могут быть любое дееспособное физическое лицо, зарегистрированное в установленном порядке по месту жительства, или являющееся собственником жилого помещения или арендуемое жилое помещение; юридическое лицо, его филиал или представительство, зарегистрированное в установленном законодательством порядке, по месту его нахождения. Оператор связи не может отказать физическому или юридическому лицу в приеме заявления (п.42 Правил). Такое требование является характерным признаком публичного договора. Установление телефона зависит от технических возможностей телефонной сети, и при отсутствии таковой заявитель ставится на очередь.

Договор на оказание услуг телефонной связи заключается путем составления одного документа с аналогичным наименованием и оформляется в двух экземплярах, подписываемых оператором связи и абонентом. Подпись должностного лица оператора связи должна быть заверена печатью оператора связи. Заявитель, выступающий стороной по договору на оказание услуг телефонной связи, приобретает статус абонента с момента подписания договора. Абонент имеет право оговорить условие о не внесении его номера в базу данных справочной службы оператора связи. После заключения письменного договора о телефонной связи оператор должен обеспечить абоненту возможность пользоваться ее услугами в течение 24 часов в сутки. Договор является бессрочным, если иное не установлено договором.

Форма и порядок оплаты услуг телефонной связи определяются в договоре на оказание услуг телефонной связи, причем цена договора по видам абонентов должна быть одинаковой для всех категорий, за исключением случаев предоставления льгот, что характерно для публичного договора. Расчеты за услуги телефонной связи, оказанные с использованием таксофонов, осуществляются с помощью приобретаемых у операторов связи жетонов, телефонных пластиковых карточек или иных средств оплаты.

В настоящее время одним из востребованных видов услуг телефонной связи является сотовая связь, Правила оказания услуг которой утверждены 23.01.2009 г. [318]

Тем самым анализ договоров в сфере телекоммуникаций позволяет сделать вывод, что законодатель обоснованно назвал договоры об оказании услуг связи в качестве публичных, т.к. в них присутствуют все элементы названных договоров.

Почтовая связь представляет собой часть инфраструктуры связи, обеспечивающую прием, обработку, перевозку и доставку почтовых отправлений, перевод денег, а также организующую на договорной основе экспедирование, доставку и распространение периодической печати, доставку пенсий и пособий (ст. 24 ЗРК «О связи»). Совокупность почтовых сетей и операторов почты, обеспечивающих почтовую связь, образует почтовую систему. Национальная почтовая сеть в соответствии со ст.1 Закона РК «О почте» – это почтовая сеть общего пользования, действующая на всей территории РК и через которую предоставляются услуги на основе *публичного договора*. [319] Тем самым отсылочная норма ст.387 ГК РК нашла свое конкретное отражение в комментируемом Законе.

В числе субъектов правоотношений по оказанию почтовых услуг закон выделяет Национального оператора почты – АО «Казпочта», единственным акционером которого является национальный холдинг, на которое возложены обязательства по предоставлению общедоступных услуг почтовой связи, услуг специальной связи и осуществлению финансовой деятельности и финансовых услуг. Кроме того, субъектами оказания почтовых услуг являются операторы почты - физические или юридические лица, имеющие право на предоставление услуг в сфере почтовой деятельности. Операторы почты осуществляют предпринимательскую деятельность по предоставлению

услуг в области почтовой связи на основании лицензий, выдаваемых уполномоченным органом в соответствии с законодательством о лицензировании. Обработку и вручение воинских отправлений осуществляет фельдьегерско-почтовая связь Вооруженных Сил РК.

Сторона, пользующаяся услугами почтовой связи, имеет обобщенное название «пользователь услуг оператора почты», под которыми имеются в виду физические или юридические лица, являющиеся потребителями услуг, предоставляемых оператором почты, в том числе на основании договоров, заключаемых им с оператором почты. Среди пользователей почтовых услуг связи выделяются пользователи, называемые адресатами - это пользователи услуг оператора почты, которым адресовано почтовое отправление или почтовый перевод денег. Другая категория пользователей – это отправители, то есть пользователи услуг оператора почты, которые сдает оператору почты почтовое отправление или почтовый перевод денег для их пересылки.

Операторы почты вправе осуществлять следующие виды деятельности и предоставлять услуги: услуги почтовой связи; финансовую деятельность и финансовые услуги; иные услуги в соответствии с законодательством РК. К услугам почтовой связи относятся: общедоступные услуги почтовой связи; услуги по пересылке регистрируемых почтовых отправлений; услуги ускоренной и курьерской почты; почтовые переводы денег; распространение печатных изданий по подписке и их реализация; реализация филателистической продукции; иные услуги почтовой связи в соответствии с законодательством.

Общедоступные услуги почтовой связи заключаются в услугах оператора почты по пересылке простых писем, почтовых карточек и бандеролей пользователей, собранных из почтовых ящиков и (или) принятых в операционных окнах. Постановлением Правительства РК от 14.03.2006г. №155 [320] такие общедоступные услуги почтовой связи, как пересылка простых писем; пересылка простых почтовых карточек и пересылка простых бандеролей отнесены к сфере естественной монополии (п.13).

Для исполнителей рассматриваемого вида договора законодатель предъявляет определенные требования (ст. 5 ЗРК «О почте»): операторы почты должны располагать необходимой материально-технической базой и квалифицированными кадрами, средствами механи-

зации, автоматизации и информатизации. Деятельность операторов почты по предоставлению услуг почтовой связи осуществляется по единым нормативам и требованиям в соответствии с правилами предоставления услуг почтовой связи. Вместе с тем для осуществления своей деятельности проезд транспорта оператора почты, предоставляющего общедоступные услуги почтовой связи, к грузовым и багажным комплексам, расположенным на территориях автомобильных, железнодорожных, водных станций и вокзалов, аэропортов, для обмена почтовых отправок осуществляется в первоочередном порядке и без оплаты.

Форма договора оказания услуг почтовой связи – простая письменная, подтверждается выдачей квитанций, либо договор может заключаться также и в конклюдентной форме – путем сдачи корреспонденции в почтовые ящики. Рассматриваемый договор является также одновременно и договором присоединения, что характеризует публичный договор.

В обязанности операторов входит предоставление для пользователей информации о тарифах, сроках пересылки почтовых отправок внутри Республики и за ее пределы, а также иной информации. Операторы почты обязаны обеспечить сохранность принятых от пользователей почтовых отправок и почтовых переводов денег с момента их приема от отправителя до момента выдачи получателю.

Операторы почты предоставляют сведения о почтовых отправлениях, почтовых переводах денег, отправителях и адресатах только отправителям и адресатам либо их законным представителям, или поверенным на основании доверенности. Предоставление указанных сведений иным физическим и юридическим лицам осуществляется только в случаях, предусмотренных законодательными актами РК. Правила предоставления услуг почтовой связи [321] в целях реализации Закона РК «О почте» содержат дополнительные правила. В частности, для предоставления услуг почтовой связи в производственных объектах оператора почты оборудуются операционные окна с рабочими местами для предоставления услуг почтовой связи в течение всего операционного дня. Порядок проведения операционного дня и его продолжительность устанавливается оператором почты в удобном для пользователей режиме, с учетом технологий почтовой связи.

У входа в производственные объекты оператора почты должна быть вывеска с указанием наименования производственного объекта и режима работы. В производственных объектах, расположенных в городах и работающих по скользящему графику, с обеденным перерывом или с выходным днем, должно быть, кроме того, объявление о местонахождении и режиме работы ближайшего производственного объекта, предоставляющего услуги по другому графику или без выходных дней.

В операционном зале производственного объекта оператора почты на видном и доступном для пользователей месте должна находиться книга жалоб и предложений, а также следующий информационный материал: копия лицензии, удостоверяющая право осуществлять предпринимательскую деятельность в области почтовой связи; перечень видов предоставляемых услуг почтовой связи; тарифы на услуги почтовой связи; контрольные сроки пересылки почтовых отправлений, почтового перевода денег; сроки хранения почтовых отправлений, почтового перевода денег; порядок написания адреса; порядок упаковки почтовых отправлений; размеры и предельная масса почтовых отправлений; и т.д. Данные условия можно рассматривать как условия публичной оферты, обращенной к каждому, кто отзовется.

Как и в иных публичных договорах, тарифы на общедоступные услуги почтовой связи регулируются государством (ст. 10 Закона «О почте»). Для подтверждения оплаты услуг почтовой связи по пересылке отправителем на письменную корреспонденцию наклеиваются почтовые марки в соответствии с утвержденными тарифами за ее пересылку.

Пользователям запрещается пересылать определенные предметы и вещества по почтовой связи, перечень которых предусмотрен Главой 12 Правил почтовой связи.

При отсутствии на почтовом отправлении государственных знаков почтовой оплаты или частичной уплаты установленного тарифа оператор почты вправе вернуть также почтовое отправление отправителю.

Оператор почты несет ответственность в случаях утраты, недостачи вложения или повреждения (порчи) регистрируемого почтового отправления, а также нарушения контрольных сроков пересылки почтового отправления. За нарушение контрольных сроков пересыл-

ки почтового отправления и почтового перевода денег пользователей оператор почты уплачивает неустойку в размере трех процентов от оплаченного тарифа за каждый день задержки, *но не более суммы оплаченного тарифа за предоставленную услугу*. Это обстоятельство еще раз подтверждает наше мнение о необходимости законодательного установления полной, а не ограниченной имущественной ответственности обязанной стороны публичного договора, являющейся предпринимателем.

Таким образом, договоры об оказании услуг связи соответствуют всем признакам публичного договора, предусмотренного статьей 387 ГК РК, со всеми вытекающими из этого последствиями.

Договор возмездного оказания образовательных услуг

Рассмотрим договорной институт, регулирующий совершенно новую группу общественных отношений – возмездное оказание образовательных услуг на примере оказания таких услуг в сфере высшего образования. Ст. 30 Конституции РК гарантирует гражданам бесплатное среднее образование в государственных учебных заведениях, а также возможность получения только на конкурсной основе бесплатного высшего образования в государственном высшем учебном заведении. Получение же платного образования в государственных и частных учебных заведениях осуществляется на основаниях и в порядке, установленных Законом РК «Об образовании». [322]

Публичный характер деятельности по оказанию образовательных услуг в целом явствует из нормы пункта 4 статьи 30 Конституции РК: «Государство устанавливает общеобязательные стандарты образования. Деятельность любых учебных заведений должна соответствовать этим стандартам».

Оказание образовательных услуг, особенно в сфере высшего образования, в настоящее время особенно востребовано и актуально. На высшие учебные заведения возложена задача по реализации публичной функции государства – подготовка специалистов с высшим образованием, от уровня знаний и умений которых напрямую зависит будущее страны. Тем самым образовательные услуги имеют повышенную ценность для общества. Эта публичная функция государства напрямую связана с удовлетворением частных интересов каждого обучающегося или абитуриента, число которых ежегодно

составляет десятки и даже сотни тысяч. В связи с этим регулирование договорных правоотношений в сфере получения высшего образования основывается на сочетании публичных и частных начал, что является одним из признаков публичного договора, регламентированного ст. 387 ГК РК.

Содержание образования определяется образовательными учебными программами, которые разрабатываются на основе государственных общеобязательных стандартов образования. В.М. Сырых также отмечает, что «объект образовательных отношений - это не любые знания, навыки и умения, приобретенные в процессе обучения, а такие, уровень которых соответствует государственному образовательному стандарту, что подтверждается итоговой аттестацией обучающихся и удостоверяется соответствующим документом». [323]

Как известно, оказание образовательных услуг не выделено законодателем в Гражданском кодексе в качестве самостоятельного договора, помещена лишь общая ссылка о том, что услуги по обучению регулируются нормами Главы 33 ГК РК. Полагаем, что образовательные услуги и есть наиболее распространенная форма услуг по обучению. Сущность образовательной услуги можно раскрыть как деятельность по обучению и воспитанию, состоящую в передаче знаний, умений и навыков, направленную на развитие духовного состояния личности обучаемого.

Легального понятия договора о возмездном оказании образовательных услуг в законодательстве не существует, поэтому обратимся к доктринальным определениям. М.Н. Малеина предлагает следующее определение: «По договору возмездного оказания образовательных услуг образовательное учреждение высшего профессионального образования (исполнитель) обязуется оказать образовательные услуги студенту или слушателю (потребителю), прошедшему по конкурсу и обязанному выполнять учебный план специальности, а физическое и (или) юридическое лицо (заказчик) обязуется оплатить эти услуги». [324, с.87]

Говоря об обязанной стороне публичного договора, следует отметить, что в Казахстане значительная часть высших учебных заведений создана в организационно-правовой форме коммерческих организаций – это государственные казенные предприятия, акционерные общества, товарищества с ограниченной ответственностью. В мень-

шей степени в Казахстане исполнителями договора возмездного оказания образовательных услуг в сфере высшего образования являются некоммерческие образовательные учреждения, которым разрешено заниматься предпринимательской деятельностью, то есть получать чистый доход (к числу субъектов на обязанной стороне публичного договора не относятся государственные вузы в организационно-правовой форме учреждений). Здесь же мы видим некоммерческие организации, которые получают чистый доход в результате выполнения своей основной функции, иначе по причине нерентабельности создание такого юридического лица является бессмысленным. В качестве примера можем привести ситуацию с Казахским академическим университетом, который вынужден был прекратить свою деятельность по такой причине. [325] Аналогичное мнение о возможности некоммерческих организаций быть субъектами публичного договора высказывал и российский исследователь С.В. Дедиков. [170, с.118]

П. 5 ст. 63 Закона РК «Об образовании» гласит, что частные организации образования используют доходы от реализации товаров (работ и услуг), предоставленных на платной основе, в том числе за обучение в рамках государственных общеобязательных стандартов образования, средства учредителей и другие, не запрещенные законодательством, источники финансирования самостоятельно. Кроме того, организации образования получают денежные средства также за дополнительные образовательные услуги; за пользование библиотечным фондом; компьютерные услуги; от сдачи в аренду помещений организациям общественного питания или фирмам по продаже канцелярских товаров; выдачу читательских, студенческих билетов, зачетных книжек, дипломов о соответствующем уровне образования, а также их дубликатов; пересдачу экзаменов, зачетов, консультации и т.д.

Статья 35 ЗРК «Об образовании» определяет, что высшее образование приобретает гражданами, имеющими общее среднее или техническое и профессиональное, или послесреднее образование, что характеризует потребителя образовательных услуг в сфере высшего образования. Обучающемуся, успешно прошедшему итоговую аттестацию по освоению профессиональной учебной программы высшего образования, присваивается квалификация и (или) академическая степень «бакалавр».

Обучающийся – это гражданин, заказывающий образовательные услуги для себя. Обучающимся может выступать без ограничений любое лицо (за исключением случаев, предусмотренных законодательством, например, если гражданин признан недееспособным вследствие психического расстройства), которое нуждается в образовательных услугах. Типовые Правила деятельности вузов констатируют, что главным субъектом образовательного процесса в высшем учебном заведении является обучающийся, независимо от пола, расы, вероисповедания и т.д. Возраст граждан, которые могут быть абитуриентами, законом не ограничивается. Пункт 18 Типовых правил определяет, что обучающимися в организациях образования, дающих высшее профессиональное образование, являются студенты, магистранты, курсанты, слушатели, зачисленные на обучение приказом руководителя высшего учебного заведения. Дееспособность обучающихся также не имеет существенного значения. Так, обучающимися могут быть и несовершеннолетние граждане, хотя в сфере высшего образования несовершеннолетние обучающиеся представлены в незначительном количестве. В этом случае возмездный договор об оказании образовательных услуг по правилам статей 22 и 23 ГК РК заключают их родители или иные законные представители. Но права и обязанности (за исключением обязанности по оплате) возникают у самих обучающихся. Тем самым и второй признак – о распространительном толковании субъектного состава и большом количестве потребителей публичного договора в данном случае присутствует.

Вопрос о характеристике рассматриваемого нами договора возмездного оказания образовательных услуг как публичного в российской науке гражданского права является дискуссионным, а в казахстанской науке вообще не рассматривается. Некоторые российские исследователи утверждают, что данный договор публичным не является, поскольку не содержит, по меньшей мере, двух признаков публичных договоров: он заключается некоммерческой организацией - образовательным учреждением и лишь с гражданами, успешно выдержавшими вступительные испытания и прошедшими по конкурсу среди претендентов на заключение договора. [326, с.42] Стойкая позиция российских ученых по первому из названных признаков объясняется особенностями российского законодательства, по

которому организации образования могли создаваться только в форме некоммерческих учреждений.

Организация образования по характеру своей деятельности должна оказывать услуги каждому, кто к ней обратится, успешно пройдя вступительные испытания. Кроме того, вуз обязан заключить договор при наличии возможности оказать запрашиваемую потребителем образовательную услугу. [327, с.49] Если вуз принял у абитуриента документы, а абитуриент прошел вступительные испытания, то вуз не имеет права отказать в заключении договора на возмездное оказание образовательных услуг. В противном случае у абитуриента возникает право судебного обжалования отказа в приеме, предусмотренного ст.399 Гражданского кодекса РК.

Отсюда можно вывести особенность договора возмездного оказания образовательных услуг в сфере высшего образования: заключение договора состоит из двух стадий – стадии вступительных испытаний и стадии зачисления в число студентов. Без прохождения первой стадии невозможно заключение договора. Непринятие мер по предварительному выяснению и согласованию соответствующих вопросов может повлечь возникновение разногласий в процессе оказания и получения образовательных услуг. Возражение о том, что договор об оказании образовательных услуг заключается не со всеми гражданами, а только с теми, которые успешно прошли предварительные испытания, представляется несостоятельным хотя бы потому, что ни у кого не вызывает сомнения публичный характер договора энергоснабжения. Но и договор энергоснабжения заключается не со всеми потребителями, а только с теми, кто имеет соответствующие сети, присоединенные к сетям энергоснабжающей организации, устройства, оборудование и т.д., и, тем не менее, он отнесен законодателем к публичным договорам (ст.482 ГК РК).

Публичной офертой вуза выступает письменное объявление, сделанное организацией образования до начала приемной кампании о перечне и форме вступительных испытаний, правилах подачи и рассмотрения апелляций по результатам вступительных испытаний, указания стоимости по формам и видам обучения и пр. Это еще один признак публичного договора.

Публичный характер образовательных услуг очевиден, действие договора распространяется на неограниченный круг лиц, затрагива-

ет интересы множества потребителей. К тому же образование, как мы отмечали, - это сфера интересов и самого государства, общества.

Что касается попытки рассмотрения договора возмездного оказания образовательных услуг с позиций принципа свободы договора, то буквального воплощения данного принципа здесь не усматривается. Так, заказчик, как будущая сторона договора, действительно может в соответствии с принципом свободы договора выбирать вуз, с которым он намерен вступить в договорные отношения. Однако самостоятельно определять условия договора либо вносить изменения и дополнения в данный договор заказчик не может. Поэтому еще одним признаком публичного договора является заключение договора способом присоединения к варианту, разработанному самим услугодателем, или разработанному на основе типового договора или правил. Именно такой Типовой договор оказания образовательных услуг утвержден Приказом Министра образования и науки РК от 12.12.2007 г. № 621. [328]

А отсюда налицо и жесткая регламентированность договора государством путем издания не только типовых договоров, но и многочисленных правил. В сфере высшего профессионального образования по состоянию на 1.07.2010 г. действуют следующие нормативные правовые акты: Типовые правила деятельности организаций образования, реализующих образовательные программы высшего профессионального образования; Типовые правила деятельности организаций образования, реализующих образовательные программы послевузовского профессионального образования; Типовые правила приема на обучение в организации образования, реализующие профессиональные учебные программы высшего образования; Правила организации и осуществления учебно-методической работы; Форма типового договора на предоставление товаров (работ, услуг) на платной основе организацией образования; Типовые правила проведения текущего контроля успеваемости, промежуточной и итоговой аттестации обучающихся. Названные и иные нормативные правовые акты регламентируют весь процесс оказания образовательных услуг в сфере высшего профессионального образования в Республике, что также характерно для публичного договора.

Исполнитель обязан заключить договор по одинаковой цене для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством предусматривается предоставление льгот для отдельных категорий

граждан. В частности, имеются в виду обучение на основании образовательных грантов. Вместе с тем сами вузы применяют льготы для определенных категорий студентов, предоставление вузовских стипендий, грантов и т.д. То есть в этом виде договора также присутствует предоставление льгот по цене договора самим «исполнителем», а не только установление их государством, что мы относим к одному из признаков публичного договора.

Министерство антимонопольной политики Российской Федерации из года в год в своих докладах «Защита прав потребителей» останавливается в том числе и на нарушениях по договорам на оказание возмездных образовательных услуг. [329; 330] В 2004 г. им была выпущена «Памятка для потребителей платных образовательных услуг в сфере высшего профессионального образования», в которой подробно были проанализированы нарушения, касающиеся образовательных услуг и даны рекомендации абитуриентам и студентам.

Если абитуриент успешно прошел вступительные испытания, организация образования не может свободно решать – вступать ей или не вступать с ним в договорные отношения по оказанию образовательных услуг. Количество пользователей образовательной услуги характеризуется неопределенным кругом лиц, что определено нами как признак, характеризующий потребителя публичного договора. Организация образования при составлении ею текста договора должна соблюдать действующее законодательство в сфере образования в рамках Типового договора. Следовательно, принцип свободы договора в рассматриваемом правоотношении имеет определенные ограничения и для исполнителя.

Таким образом, договор возмездного оказания образовательных услуг оказывается субъектами, деятельность которых носит публичный характер; исполнителями договора могут быть как коммерческие, так и некоммерческие организации, а потребителями – физические лица, характеризующиеся большим количеством; цена договора устанавливается одинаковой для обучающихся с предоставлением льгот определенным их категориям; договор заключается способом присоединения к оферте, разработанной вузом; Правительством утверждена Типовой договор; вуз предлагает публичную оферту.

Отсюда представляется обоснованным признание договора возмездного оказания образовательных услуг в качестве публичного договора.

Договор возмездного оказания обязательных аудиторских услуг

Аудиторские услуги являются новым видом легальных услуг в гражданском обороте как Республики Казахстан, так и других стран СНГ. Хотя в последние годы существования СССР предпосылки для легализации аудиторской деятельности на законодательном уровне уже были созданы. Так, Постановлением Совета Министров СССР от 8.09.1987 г. «О создании советской аудиторской организации» на базе Главного управления валютного контроля Министерства финансов СССР была создана фирма «Инаудит», а в 1990 г. в СССР появилось совместное предприятие «Эрнест энд Янг Внешаудит». [331, с.38]

В условиях рыночных отношений государственный контроль за финансовой деятельностью субъектов гражданского оборота, особенно в части налогового контроля, является необходимым. Одновременно с этим иные участники гражданского оборота обладают правом получать сведения о финансовом состоянии партнеров по бизнесу, поэтому нормальное состояние и развитие рыночных отношений предполагает проведение помимо государственного контроля, независимых проверок состояния бухгалтерского учета и финансовой отчетности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Такая проверка именуется аудиторской проверкой. Проведение аудиторской проверки позволяет и государству, и каждому субъекту имущественных отношений узнать реальное положение дел с тем, чтобы определиться с дальнейшими способами и формами осуществления гражданских прав и требовать соответствующего исполнения обязанностей от обязанных лиц. Тем самым аудиторские услуги способствуют реализации публичных функций государства по защите гражданских прав «всех и каждого» и носят публичный характер.

В Гражданском кодексе РК договор на оказание аудиторских услуг специально не урегулирован, в системе гражданско-правовых договоров аудиторские услуги относятся к группе договоров о возмездном оказании услуг, регламентированных Главой 33 ГК РК. Поэтому к ним применяются лишь общие правила о договорах возмездного оказания услуг и subsidiarily - общие положения о договорах подряда.

Понятие аудиторских услуг законодателем не выработано, но его можно вывести путем анализа норм ст. 3 «Аудиторская деятельность»

ЗРК «Об аудиторской деятельности». [332] Аудит – это проверка в целях выражения независимого мнения о составлении финансовой отчетности и прочей информации в соответствии с законодательством РК. Существенное отличие аудита от ревизии заключается в ключевом значении определения аудита именно как предпринимательской деятельности: такая форма финансового контроля рождена потребностями и спецификой рыночного хозяйства, тогда как ревизия – контрольная функция соответствующих государственных органов или внутренняя функция самого хозяйствующего субъекта в отношении своих подразделений.

В соответствии со ст. 5 названного Закона видами аудита являются обязательный аудит и инициативный аудит. Обязательный аудит проводится в порядке и случаях, которые предусмотрены законодательными актами РК. Организации, для которых аудит является обязательным и которые в соответствии с законодательством публикуют в периодических печатных изданиях годовую финансовую отчетность, обязаны публиковать вместе с годовой финансовой отчетностью и аудиторский отчет. Инициативный аудит проводится по инициативе аудируемого субъекта либо его участника с учетом конкретных задач, сроков и объемов аудита, предусмотренных договором на проведение аудита между инициатором и аудиторской организацией. Как добровольный, так и обязательный аудит проводится на основании договора оказания аудиторских услуг.

В зависимости от выполняемых задач различают внешний и внутренний аудит. В соответствии с целями нашей работы объектом настоящего исследования будет являться обязательный внешний аудит. В рамках этого договора его исполнитель самостоятельно определяет формы и методы проведения аудита, вправе проверять соответствующую финансовую документацию заказчика и наличие имущества, а также получать у его должностных лиц письменные и устные разъяснения. Составленное по результатам проверки аудиторское заключение является официальным документом и может быть оспорено (признано ложным) только по решению суда.

В Казахстане аудиторская деятельность и договор о проведении обязательного аудита в юридической науке не рассматривались, учебников для юридических специальностей по данной услуге не имеется. В результате чего в теории отечественного гражданского права

не изучены многие вопросы, связанные с договором на оказание аудиторских услуг, в том числе обязательного аудита.

В Российской Федерации защищено несколько диссертаций об аудиторской деятельности в целом и об обязательном аудите в частности такими авторами, как А.А.Чирков, [333] В.Н.Колесников, [334] Т.А.Попова, [335] И.В.Тордия, [336] А.А.Чумаков. [337] Кроме того, в России существует значительное количество учебников по аудиту, публикуются статьи аудиторами (неюристами), однако в этих трудах вопрос о правовой природе договора об оказании обязательных аудиторских услуг, как правило, затрагивается косвенно и на научном уровне не исследуется.

Согласно общему правилу, аудиторы обязаны хранить тайну об операциях проверяемых лиц. Однако при проведении обязательного аудита в соответствии с приведенными выше законодательными актами Республики Казахстан аудиторский отчет (заключение) должны, наоборот, быть опубликованными, а также обязательно должны представляться лицам, указанным в соответствующих законодательных актах. В частности, п.4 ст. 57 ЗРК «О банках и банковской деятельности» гласит: «Аудиторский отчет финансовой отчетности банка или других юридических лиц, входящих в состав банковского конгломерата, и прочей информации *не составляет коммерческой тайны*». Аналогичные нормы содержатся и в других законодательных актах, предусматривающих обязательное проведение аудита. Кроме того, в соответствии с п.2 ст.4 Закона «Об аудиторской деятельности», аудит должен проводиться в соответствии с международными стандартами аудита, на основании которых аудиторская организация разрабатывает свои стандарты. По нашему мнению, данный факт свидетельствует о наличии публичного интереса, то есть интереса как со стороны государства, так и отдельных субъектов, что характерно именно для публичных договоров в гражданском праве.

Российские исследователи также отмечают, что обязательные аудиторские услуги – это комплексный правовой институт, в котором гармонично сочетаются частно-правовые и публично-правовые начала. [331, с.38; 333] Не следует при этом забывать, что в основе данного института лежат гражданско-правовые нормы, так как отношения с участием аудиторской организации регулируются, прежде всего, гражданским, а затем - конституционным и финансовым

правом. Дело в том, что с переходом к рыночным отношениям, когда предприятия получили финансовую и хозяйственную самостоятельность, их стало некому проверять, так как исчезли традиционные вышестоящие инстанции. В условиях рынка и реальной конкуренции вмешательство государственных органов в финансовую деятельность предприятий ограничено. Однако предпринимателю важно знать истинное финансовое положение своего предприятия и показать его эффективность государству и партнерам, с которыми он вступает в имущественные правоотношения и от которых зависит его дальнейшее благополучие. Такое доказательство может быть предоставлено только авторитетным и независимым аудитором. Сказанное подтверждает наличие основного признака публичного договора в рассматриваемом виде договора.

Публичный характер деятельности аудиторов подтверждается и тем, что в соответствии с Постановлением Правления Нацбанка РК от 20.07.2007 г. №81 «О сроках составления аудиторского отчета финансовых организаций и его представления в уполномоченный орган по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций» аудиторские организации составляют и представляют аудиторский отчет в АФН в следующие сроки:

- до 01 апреля года, следующего за отчетным – по финансовой отчетности финансовых организаций, не имеющих дочерних организаций (за исключением страховых, перестраховочных организаций и страховых брокеров);

- до 30 апреля года, следующего за отчетным – по финансовой отчетности финансовых организаций, имеющих дочерние организации, страховых (перестраховочных) организаций и страховых брокеров, а также АО «Банк Развития Казахстана». [338]

Кроме того, публичный интерес государства и общества в деятельности аудиторов проявляется также в принятии Закона РК «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности аудиторских организаций». [339]

Рассмотрим субъектный состав договора. Закон РК «Об аудиторской деятельности» в качестве основного исполнителя - аудитора – подразумевает физическое лицо, аттестованное Квалификационной комиссией, получившее квалификационное свидетельство о присвоении квалификации «аудитор». Однако аудитор должен работать в

составе аудиторской организации, то есть коммерческой организации, созданной для осуществления аудиторской деятельности, в организационно-правовой форме товарищества с ограниченной ответственностью (ст. 9 Закона).

Сама аудиторская деятельность определена Законом как предпринимательская деятельность по проведению аудита финансовой отчетности и прочей информации и предоставлению иных услуг по профилю деятельности. Правом на занятие аудиторской деятельностью обладают аудиторские организации, имеющие лицензию на осуществление аудиторской деятельности (ст.3 Закона). Аудиторские организации, помимо аудита, могут оказывать также сопутствующие услуги по профилю своей деятельности. Аудиторским организациям запрещается заниматься иными видами предпринимательской деятельности, не относящимися к профилю своей деятельности.

Численность аудиторов в составе аудиторской организации должна составлять не менее двух человек.

Руководитель аудиторской организации и руководитель филиала аудиторской организации на территории РК обязаны иметь квалификационное свидетельство «аудитор». Руководителем аудиторской организации не может быть аудитор, возглавлявший аудиторскую организацию, которая в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан была лишена лицензии, с даты вынесения решения о лишении лицензии в течение трех лет. Аудиторская организация, осуществляющая аудиторскую деятельность на территории Республики Казахстан, не может быть участником другой аудиторской организации - резидента Республики Казахстан.

Потребителями аудиторских услуг, то есть, говоря языком аудиторского законодательства, «аудируемые субъектами» может быть юридическое лицо, по финансовой отчетности и прочей информации которого осуществляется аудит (п.8 ст.1 Закона). Полагаем, что речь может идти не только о коммерческих юридических лицах, но и о некоммерческих, т.к. по ЗРК «О пенсионном обеспечении» накопительные пенсионные фонды создаются в форме некоммерческих акционерных обществ. При обязательном, добровольном аудите аудируемыми субъектами могут быть и индивидуальные предприниматели. В обязательном же аудите круг аудируемых субъектов

четко очерчен законодателем и имеет тенденцию ко все большему расширению, что характеризует и публичный договор.

Уклонение от проведения обязательного аудита либо препятствование его проведению для аудируемых субъектов и их должностных лиц влечет административную ответственность, предусмотренную статьей 186 Кодекса РК об административных правонарушениях, что еще раз доказывает наличие публичного интереса.

Обязательность заключения договора со стороны аудиторской организации несомненна, что является свойством публичного характера её деятельности. Факт невозможности оказания аудиторских услуг должна доказать сама аудиторская организация, а заказчик может оспаривать факт отказа в заключении договора в суде на основании статьи 399 ГК РК.

В соответствии со ст.17 Закона «Об аудиторской деятельности» предмет договора, сроки, размер и условия оплаты, права, обязанности и ответственность сторон указываются в договоре, то есть определяются соглашением сторон. Однако в договорах о проведении обязательных аудиторских услуг цена договора у одного аудитора должна быть одинаковой для всех категорий аудируемых субъектов, может различаться только в зависимости от объема проведенной работы.

Требование о проведении обязательного аудита содержится в следующих законодательных актах: п. 2 ст. 21-1 ЗРК «Об инвестициях», ст. 57 ЗРК «О банках и банковской деятельности», п. 11 ст. 6, ст. 49-1, ст. 49-3 ЗРК «О пенсионном обеспечении», пункт 7 ст.7 ЗРК «О естественных монополиях и регулируемых рынках», ст. 20 ЗРК «О страховой деятельности», ст. 78 ЗРК «Об акционерных обществах», ст. 9 ЗРК «О рынке ценных бумаг», ст. 11 ЗРК «О государственном регулировании гражданской авиации», ст. 5 ЗРК «О секьюритизации», ст. 20 ЗРК «О зерне», ст. 68 ЗРК «О национальном Банке» и других.

На основании пункта 2 статьи 5 Закона «Об аудиторской деятельности» обязательному аудиту подлежат:

- акционерные общества;
- страховые (перестраховочные) организации и страховой брокер;
- крупные участники страховой (перестраховочной) организации, владеющие (имеющие право голосовать) двадцатью пятью и более процентами голосующих акций страховой (перестраховочной) орга-

низации, а также юридические лица, в которых страховая (перестраховочная) организация имеет значительное участие;

накопительные пенсионные фонды и организации, осуществляющие инвестиционное управление пенсионными активами;

крупные участники открытого накопительного пенсионного фонда, а также юридические лица, в которых открытый накопительный пенсионный фонд имеет значительное участие;

недропользователи;

банки, банковские холдинги и организации, в которых банк и (или) банковский холдинг являются крупными участниками;

субъекты естественной монополии, за исключением субъектов естественной монополии малой мощности;

организации гражданской авиации, за исключением авиакомпаний, осуществляющих авиационные работы по перечню, определяемому Правительством Республики Казахстан;

хлебоприемные предприятия;

фонд гарантирования страховых выплат;

юридические лица Республики Казахстан, заключившие контракт на осуществление инвестиций, предусматривающий инвестиционные преференции;

хлопкоперерабатывающие организации;

застройщики и проектные компании в соответствии с Законом Республики Казахстан «О долевом участии в жилищном строительстве».

Тем самым признак о распространительном толковании субъектов публичного договора здесь присутствует.

Типовых договоров и правил Правительством в данной сфере не утверждалось, однако обязательные требования закреплены в стандартах проведения аудита. Вместе с тем в составе законодательства Республики имеются постановления Правительства Республики о договорах на проведение внешнего аудита Национального Фонда РК в 2001-2009 годах и примерные формы таких договоров, одобренные Правительством. Аудиторские организации используют форму данного договора, к которым присоединяются потребители их услуг. Сами аудируемые субъекты в определении условий договора участия не принимают.

Таким образом, договор возмездного оказания обязательных аудиторских услуг имеет все признаки публичного договора, в нем огра-

ничено действие принципа свободы договора, деятельность аудиторской организации носит публичный характер, потребители аудиторских услуг характеризуются большим количеством, деятельность аудиторов регламентирована стандартами, для аудируемых субъектов договор является обязательным и т.д.

Договоры обязательного страхования

В соответствии со ст.803 ГК РК по договору страхования одна сторона (страхователь) обязуется уплатить страховую премию, а другая сторона (страховщик) обязуется при наступлении страхового случая осуществить страховую выплату страхователю или иному лицу, в пользу которого заключен договор (выгодоприобретателю), в пределах определенной договором суммы (страховой суммы)

В зависимости от степени обязательности договоры страхования подразделяются на договоры обязательного и добровольного страхования; по объекту страхования – на личное и имущественное страхование; по основаниям осуществления страховой выплаты – на накопительное и не накопительное страхование и т.д. (ст.805 ГК РК). Из приведенной классификации нас интересует обязательное страхование.

Пункт первый ст. 806 ГК РК определяет обязательное страхование как страхование, осуществляемое в силу требований законодательных актов, условия которого определяются соглашением сторон, если иное не установлено законодательными актами, регулирующими обязательные виды страхования.

Помимо Гражданского кодекса, оказание страховых услуг регулируется также ЗРК от 18.12.2000 г. «О страховой деятельности» [340] и другими законодательными и подзаконными актами. В настоящее время в Республике Казахстан на законодательном уровне принят ряд нормативных правовых актов об обязательном страховании различных объектов, в том числе: Законы «Об обязательном социальном страховании», «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности работодателя за причинение вреда жизни и здоровью работника при исполнении им трудовых (служебных) обязанностей», «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами», «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности владельцев транспортных средств», «Об обязательном страховании

гражданско-правовой ответственности аудиторских организаций», «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности частных нотариусов», «Об обязательном экологическом страховании», «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности туроператора и турагента», «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности владельцев объектов, деятельность которых связана с опасностью причинения вреда третьим лицам», «Об обязательном страховании в растениеводстве».

Перечень приведенных законов говорит о том, что сфера применения обязательного страхования путем заключения соответствующих договоров очень широка. Причем уже на стадии заключения каждого из регулируемых перечисленными законодательными актами договоров в случае возникновения разногласий автоматически применяются нормы ст.399 ГК РК о порядке обязательного заключения договоров. Этот признак, по нашему мнению, является одним из определяющих для отнесения того или иного договора к категории публичных договоров.

В Казахстане из научных работ по обязательному страхованию можно назвать только диссертацию И.М.Телибековой «Договоры обязательного страхования ответственности работодателя за причинение вреда жизни и здоровью работника», но в данной работе вопросы о публичном характере договора не рассматривались. [341] Статей на данную тему опубликовано очень мало, а имеющиеся публикации не содержат анализ договора обязательного страхования в качестве публичного договора. В Российской Федерации защищено несколько диссертаций, в том числе и на тему об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности владельцев транспортных средств. [418; 419; 420]

Рассмотрим далее вопросы о наличии либо отсутствии признаков публичных договоров в договоре обязательного страхования.

Публичный интерес здесь налицо: поскольку регулируемые законодательными актами об обязательном страховании сферы затрагивают имущественные интересы множества, то есть неопределенного круга как физических, так и юридических лиц, государство вводит институт обязательного страхования, в основном гражданско-правовой ответственности субъектов, страхования жизни и здоровья работников и т.д. Государству такой шаг дает возможность

установления публичного правопорядка в целом в обществе, а вместе с тем государство выступает гарантом обеспеченности осуществления прав членов своего общества в случае имущественных лишений. Более того, в правоотношения по обязательному страхованию страхователи вступают не своей волей и в своем интересе, а в силу обязательных требований закона, публичной власти. Поэтому страховые организации, имеющие соответствующие лицензии, не вправе отказать им в заключении договора обязательного страхования. Более того, мы полагаем, что можно ставить вопрос и о некоторых договорах добровольного страхования в качестве публичных договоров. В Российской Федерации договор личного страхования назван публичным (п.1 ст.927 ГК РФ). Это означает, что «общество как бы говорит, что защита личности в любом ее проявлении, в том числе и защита от случайных событий с помощью денежных выплат, не является чисто частным делом, но в осуществлении такой защиты заинтересовано и общество в целом». [342, с.112]

Требование публичной власти об обязательном заключении названных видов договоров страхования свидетельствует о наличии публичного интереса в обеспечении интересов каждого из членов общества в случае вовлечения его в орбиту какого-либо из обеспечиваемых государством страховой защитой правоотношения.

Публичный интерес присутствует также в том, что договоры обязательного страхования направлены на правовое регулирование, в том числе на обеспечение восстановления нарушенных имущественных интересов большого количества субъектов гражданских правоотношений. Такая политика направлена также на обеспечение правопорядка в обществе, стабильности и уверенности в завтрашнем дне. Поэтому основной признак публичных договоров в рассматриваемых правоотношениях имеет место быть. Об этом же говорит Ю.Б.Фогельсон. [343, с.4, 6, 7]

По субъектному составу договора: страховщиками могут выступать специализированные коммерческие организации, имеющие лицензию на осуществление определенного вида и класса страхования в организационно-правовой форме акционерного общества, часто они являются дочерними организациями банков. Фирменное наименование страховщика должно включать в себя слово «страховой, -ая, -ое».

Кроме того, законодатель предъявляет дополнительные требования к отдельным страховщикам. Так, юридическое лицо, зарегистрированное в качестве страховой организации, до получения лицензии на право осуществления обязательного страхования ответственности обязано стать участником Фонда гарантирования страховых выплат в порядке, определенном законом РК о создании и деятельности указанного фонда.

Страховщик, осуществляющий обязательное страхование ответственности, обязан ежегодно публиковать свою финансовую отчетность на государственном и русском языках не менее чем в двух периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории РК, в объеме и сроки, которые предусмотрены нормативным правовым актом НацБанка РК о порядке публикации годовой финансовой отчетности, что также говорит о публичном характере его деятельности.

Не допускается деятельность, направленная на ограничение или устранение конкуренции, предоставление или получение необоснованных преимуществ по заключению договоров обязательного страхования ответственности перевозчика одними страховщиками перед другими, ущемление прав и законных интересов страхователей. Страховщики вправе участвовать в создании организации, осуществляющей формирование и ведение информационной базы данных по страховым рискам, страховым случаям и страховым выплатам по обязательному страхованию ответственности перевозчика. Деятельность страховых организаций подлежит государственному контролю и надзору, осуществляемому уполномоченным органом, и это еще одно подтверждение публичного характера деятельности обязанной стороны. Публичный характер договора обязательного страхования отмечается в статье Ю.Г. Диденко «Обязательное заключение договора», [344, 186-187] диссертации А. Расоловой, а также в статье М.В. Комиссаровой. [345; 346, с.9-12] Однако М. Комиссарова на этом основании считает, что рассматриваемый договор является институтом публичного, в частности, финансового, права, а не частного права, что представляется глубоким заблуждением.

Страхователь свободен в выборе страховщика как по добровольным, так и по обязательным формам страхования. Однако страховщик не вправе выбирать страхователей по принципу свободы договора, он должен заключить данный договор «с каждым, кто обра-

тятся». В противном случае страхователь вправе обратиться в суд с иском о принуждении страховщика к заключению договора. Так, в соответствии с п.3 ст.808 ГК РК лицо, на которое законодательными актами возложена обязанность выступить в качестве страхователя, вправе требовать в судебном порядке понуждения страховщика, обязанного осуществить страхование, но уклоняющегося от него, к заключению договора страхования на условиях, предусмотренных законодательными актами. Уклонение от страхования лица, обязанного его осуществить в качестве страхователя, а также страховой организации, обязанной выступить в качестве страховщика, влечет ответственность, предусмотренную законодательными актами.

Г.Л.Нуртаева ошибочно полагает, что договоры личного и имущественного страхования (ст.809 ГК РК) отнесены к публичным. [40, с.110]. На самом деле казахстанский ГК, в отличие от российского, такую норму не содержит.

Потребителями услуг обязательного страхования – страхователями - являются как юридические лица, индивидуальные предприниматели, так и обычные дееспособные физические лица. Например, работодателями могут быть как юридические лица, так и индивидуальные предприниматели; а владельцами транспортных средств могут быть и юридические, и физические лица независимо от занятия предпринимательской деятельностью. Страхователи отличаются неограниченным числом. Тем самым субъектный состав договора обязательного страхования также совпадает с признаками, характерными для публичного договора.

Договор обязательного страхования заключается в письменной форме путем выдачи страховщиком страхователю страхового полиса. Основанием для заключения договора обязательного страхования ответственности работодателя является заявление страхователя. Несоблюдение письменной формы договора обязательного страхования гражданско-правовой ответственности влечет его недействительность. Постановлением Правления Национального Банка РК от 15.02.2000 г. № 33 утверждена Инструкция по оформлению страхового полиса, которая устанавливает обязательные реквизиты страхового полиса. [347] Тем самым налицо еще один элемент публичного договора – оформление договора в форме страхового полиса, который является ни чем иным как договором присоединения.

Помимо страховщика и страхователя, в договорах обязательно страхования незримо, но обязательно присутствует и третья сторона – застрахованный (ст.815 ГК РК), то есть лицо, в отношении которого осуществляется страхование. Как следует из названий законодательных актов об обязательном страховании, основным объектом обязательного страхования является гражданско-правовая ответственность страхователя перед третьими лицами, которые как раз и являются застрахованными. Говоря другими словами, объектами страхования в договорах обязательного страхования являются имущественные интересы третьих лиц – застрахованных, обязанность страхования которых возложена на страхователей законодательными актами.

При обязательном страховании, а также при групповом обезличенном страховании согласия третьего лица на заключение договора, в котором оно будет определено в качестве застрахованного, не требуется.

Если застрахованный отказался от получения страховой выплаты, причитающейся ему в соответствии с договором, право на получение страховой выплаты переходит к страхователю. В случае смерти не являющегося страхователем застрахованного, в отношении которого заключен договор личного страхования, не предусматривающий такой случай, этот договор подлежит прекращению, если законодательными актами или договором не предусмотрена замена застрахованного. Обычно застрахованный является одновременно и выгодоприобретателем.

Цена договора выражается в уплачиваемой страхователем страховщику однократно либо периодически сумме, называемой законодателем «страховая премия» (ст.818 ГК РК). В соответствии со ст.387 ГК РК цена публичного договора должна быть одинаковой для всех страхователей в зависимости от вида договора и объекта страхования. Размер страховой премии устанавливается законодательными актами о каждом из видов обязательного страхования. Так, в соответствии со ст. 16 ЗРК «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами» [348] размеры годовых страховых премий на единицу транспортного средства устанавливаются в месячных расчетных показателях в зависимости от вместимости транспортного средства, а железнодорожного транспорта - 0,2 процента от суммы дохода реализуемых

услуг по перевозке пассажиров и их имущества, полученного (подлежащего получению) перевозчиком, по территории РК в течение периода действия договора страхования ответственности перевозчика, уплачивается в виде ежемесячных взносов от дохода, полученного (подлежащего получению) за месяц.

В договоре обязательного страхования гражданско-правовой ответственности частного нотариуса размер страховой премии составляет 4,5 процента от страховой суммы, а страховая сумма не может быть менее 500 МРП по Казахстану в целом и менее 1000 МРП в городах Астана и Алматы (статьи 15 и 16 Закона «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности частных нотариусов»). [349] Аналогично и в других договорах обязательного страхования. Данное обстоятельство свидетельствует о наличии еще одного из признаков публичного договора.

Договор обязательного страхования вступает в силу с момента уплаты страхователем страховой премии, а при уплате ее в рассрочку - первого страхового взноса. Срок действия договора обычно устанавливается в один год и ежегодно он подлежит перезаключению.

Основанием для выплаты страхового возмещения страховщиком является страховой случай, под которым ст.817 ГК РК подразумевает событие, с наступлением которого договор страхования предусматривает осуществление страховой выплаты. Виды страховых случаев по обязательному страхованию определяются законодательными актами об обязательном страховании. Так, ст. 18 Закона «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности аудиторских организаций» устанавливает, что страховым случаем по договору обязательного страхования ответственности аудиторских организаций признается факт наступления гражданско-правовой ответственности страхователя по возмещению вреда, причиненного имущественным интересам аудируемых субъектов при проведении аудита. Аналогично и в других законах.

Событие, рассматриваемое в качестве страхового случая, должно обладать признаками вероятности и случайности его наступления за исключением событий, которые могут быть предусмотрены по договору накопительного страхования. Доказывание наступления страхового случая, а также причиненных им убытков лежит на страхователе.

Еще один из признаков публичного договора заключается в определении условий договора в общеобязательных нормативных правовых актах. В частности, ЗРК «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности работодателя за причинение вреда жизни и здоровью работника при исполнении им трудовых (служебных) обязанностей» (ст.6) предъявляет следующие обязательные требования к содержанию договора:

1) наименование, местонахождение и банковские реквизиты страховщика;

2) фамилию, имя, отчество (при его наличии) и место жительства страхователя (если им является физическое лицо) или его наименование, местонахождение и банковские реквизиты (если им является юридическое лицо);

3) указание объекта страхования;

4) указание страхового случая;

5) размеры страховой суммы, порядок и сроки осуществления страховой выплаты;

6) размер страховой премии, порядок и сроки ее уплаты;

7) права, обязанности и ответственность сторон договора;

8) случаи и порядок внесения изменений в договор и его пролонгации;

9) дату заключения и срок действия договора;

10) номер и серию страхового полиса.

Следует также отметить, что права и обязанности страховщика и страхователя, которые должны быть внесены в договор, также детально регламентированы в законодательных актах по видам обязательного страхования.

Договором обязательного страхования ответственности могут быть предусмотрены и другие права и обязанности страховщика, не противоречащие законодательным актам РК. Вот здесь-то и появляются в текстах договоров страхования условия, нарушающие права страхователей или выгодоприобретателей, поскольку страховщик «другие права и обязанности» включает по своему усмотрению, без участия страхователя, о чем нами говорилось в предыдущих разделах работы о публичных договорах в форме присоединения. Довольно подробно перечень таких злоупотребительных и недобросовестных условий описывает М.Ефремова и другие российские авторы. [350, с.21-30; 351, с.26-29]

Прекращение договора обязательного страхования может наступить в случаях истечения срока действия договора либо досрочного прекращения договора.

Статьи 173 и 175 КРКоАП предусматривают административную ответственность обеих сторон договора обязательного страхования за уклонение от заключения договора обязательного страхования и за заключение договора и исполнения обязательств по нему на условиях, ухудшающих положение страхователя по сравнению с требованиями законодательства о страховании и страховой деятельности. Пункт 3 ст.470 КРКоАП влечет административную ответственность физических лиц за управление транспортным средством лицом, не имеющим при себе страхового полиса по обязательному страхованию гражданско-правовой ответственности владельцев транспортных средств и (или) по обязательному страхованию гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами.

Все приведенные нормы законодательных актов подтверждают нашу точку зрения о публичном характере договора обязательного страхования.

Кроме того, ученые также обоснованно полагают необходимым закрепить право потребителей-граждан на компенсацию морального вреда в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения условий договора страховщиком. [350] Данное обстоятельство дополняет признаки публичного договора в договорах обязательного страхования. Обязанность самого страхователя заключить договор является также признаком публичного договора.

Таким образом, анализ договоров обязательного страхования показывает наличие в них практически всех основных признаков публичного договора, несмотря на то, что законодатель ни в одном нормативном правовом акте не называет их таковыми.

Договор обязательной лоцманской проводки судов

К «обязательным» договорам относится и договор об обязательной лоцманской проводке судов, предусмотренный статьями 45, 46, 48 и 49 Главы 8 ЗРК «О торговом мореплавании» (далее - Закон). [352] В Российской Федерации данные правоотношения урегулированы Кодексом торгового мореплавания РФ (далее – КТМ). [353]

В Республике Казахстан анализируемый договор не был еще предметом рассмотрения в юридической науке. В Российской Федерации в 2006 г. была защищена диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук Г.В.Ивановым на тему «Особенности правового регулирования лоцманской проводки судов как договора оказания возмездных услуг», но он не рассматривает данный договор в качестве публичного. [354]

Отнесение данного вида договора к числу договоров, регулируемых Главой 33 ГК РК, очевидно. Лоцманская проводка судов осуществляется в целях обеспечения безопасности плавания и предотвращения происшествий с судами, а также защиты окружающей среды в соответствии с Правилами осуществления лоцманской проводки судов в РК (далее - Правила). [355] В Российской Федерации, исходя из конструкции нормы ст.85 КТМ, лоцманская проводка судов на подходах к морским портам, в пределах акватории морских портов, между морскими портами, а также в открытом море осуществляется в соответствии с правилами, установленными главой 6 КТМ, то есть на законодательном уровне.

Лоцман – это специалист, обладающий определенными знаниями и навыками в области безопасного проведения судов к месту швартовки, постановки на якорь и перестановки судов в порту (п.16 ст. 1 Закона).

К работе в качестве морских лоцманов могут быть допущены граждане Республики Казахстан при условии соответствия их квалификационным требованиям, установленным уполномоченным органом. Требование о гражданстве лоцмана предусмотрено также ч. 2 п. 1 статьи 87 КТМ РФ. И в Казахстане, и в России лоцманская проводка судов осуществляется морскими лоцманами, имеющими лоцманские удостоверения о праве лоцманской проводки судов в определенных районах. Морские лоцманы входят в состав лоцманских служб морских торговых портов, которые содержатся за счет средств этих портов. Организация работы лоцманской службы устанавливается в зависимости от конкретных условий данного порта (района).

Тем самым определен субъектный состав договора лоцманской проводки: исполнителями договора являются морские торговые порты в лице лоцманских служб, а услугополучателями – морские пе-

ревозчики, которые могут быть юридическими или физическими лицами. В Казахстане, например, Актауский морской торговый порт является юридическим лицом в организационно-правовой форме государственного предприятия на праве хозяйственного ведения. Морские порты, имеющие статус международного значения, могут находиться только в государственной собственности.

Морские порты являются объектами общего пользования, что говорит о публичном характере их деятельности, и подразделяются по назначению на торговые и специализированные (рыбные, нефтяные и другие). Перечень обязательных услуг морского порта определяется Правительством РК. Установление цен (тарифов) и их предельного уровня на обязательные услуги морского порта производится в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

В соответствии со ст.39 ЗРК «О торговом мореплавании» морская администрация порта является территориальным подразделением уполномоченного органа. В Российской Федерации администрации морских портов (АМП) являются федеральными государственными учреждениями, за которыми на праве оперативного управления закрепляется необходимое имущество, и они осуществляют административно-властные полномочия в сфере государственного управления портами. [356] Но непосредственно услуги лоцманской проводки от имени услугодателя осуществляет физическое лицо – лоцман, который должен соответствовать установленным в законодательных актах требованиям.

Судно не вправе осуществлять плавание без лоцмана в районах *обязательной лоцманской проводки* судов, за исключением категорий судов, освобождаемых от обязательной лоцманской проводки в соответствии с правилами лоцманской проводки судов (п.1 ст.46 Закона). В обязательных актах по морским портам, лоциях и извещениях мореплавателям публикуются районы обязательной и *необязательной лоцманской проводки* судов. Говоря терминологией договорного права, исполнитель договора обязательной лоцманской проводки предлагает публичную оферту для заключения договора, что относится к признаку публичного договора. А заключение договора обязательной лоцманской проводки судов, как видно из наименования договора, является обязательным для сторон. Тем самым специализированная организация – морской порт - по характеру своей

деятельности должна на равных условиях заключать договоры с каждым лицом, которое к ней обратится для получения услуг по лоцманской проводке, когда такое действие предусмотрено в качестве обязательного. Современный этап развития морских портов характеризуется увеличением грузопотока и соответственно резким возрастанием интенсивности судоходства в портах и на подходах к ним. При этом основную часть в номенклатуре грузов составляют опасные грузы, что обуславливает увеличение как техногенной, так и экологической нагрузки морских портов на окружающую среду. В этих условиях большое значение приобретает своевременное и качественное оказание услуг по лоцманской проводке судов, от которых во многом зависит экономическая эффективность работы морского транспорта. Обязательное оказание услуг по лоцманской проводке в определенном районе является исключением из принципа свободы договоров. [354, с.6] Сказанное свидетельствует о публичном характере деятельности обязанной стороны договора.

Пункт 21 Правил осуществления лоцманской проводки судов в РК гласит, что если капитаном судна заявка на лоцмана (оферта) подана в сроки, установленные в обязательном акте по морскому порту или лоции, лоцман прибывает на судно к указанному в заявке времени. В случае невозможности прибытия лоцмана к указанному сроку, лоцманская служба порта сообщает капитану судна о времени и месте прибытия лоцмана. В случае, если судно, следующее в порт, не прибыло к месту приема лоцмана в указанное в заявке капитаном время, лоцман, направленный на это судно, может быть использован по другому назначению. Опоздавшее судно в таких случаях обеспечивается лоцманской проводкой в порядке очереди.

Обязанностью капитана судна как представителя услугополучателя является обеспечение быстрого и безопасного приема лоцмана и стажера на борт судна, не допуская при этом повреждений лоцманского бота (судна). Во время приема и высадки лоцмана капитан судна должен держать связь с лоцманским ботом и согласовывать с ним свои действия. С момента прибытия лоцмана и до ухода его на судне должен быть поднят флажный сигнал, соответствующий международному своду сигналов – «У меня на борту есть лоцман».

Форма договора – простая письменная, выражается путем заполнения и подписания лоцманской квитанции, форма которой в Казах-

стане утверждена в Приложении к названным Правилам. Капитан судна заполняет квитанцию, удостоверив все данные, внесенные в нее, своей подписью. При необходимости капитан судна дополнительно может указать в квитанции свои замечания относительно обстоятельств, касающихся проводки судна лоцманом. Данное обстоятельство свидетельствует о заключении договора в форме присоединения, что является также основным признаком публичного договора.

Прибывший на судно лоцман обязан предъявить капитану судна лоцманское удостоверение. В период нахождения на борту судна лоцмана и стажера капитан судна безвозмездно предоставляет им отдельное помещение и питание наравне с лицами командного состава. Капитан судна по требованию лоцмана предоставляет ему бесплатное пользование судовой радиостанцией для связи по вопросам его служебной деятельности; обязан объявить лоцману точные данные об осадке, о длине, ширине и вместимости судна, которые вносятся в лоцманскую квитанцию, подписываемую капитаном судна. Лоцман вправе потребовать от капитана судна объявления иных данных о судне (маневренных характеристик и других), которые необходимы лоцману для осуществления лоцманской проводки судна.

При возникновении обстоятельств, отражающихся на безопасности лоцманской проводки (ухудшение видимости, туман, уменьшение глубин на фарватере и т.п.), капитан судна по требованию лоцмана использует в порядке, указанном лоцманом, средства судового электрорадионавигационного оборудования (эхолот, радиолокатор, радиопеленгатор и др.). При наличии в районе проводки береговой радиолокационной станции лоцман в этих случаях может воспользоваться ее услугами.

В районах обязательной лоцманской проводки освобождаются от лоцманской проводки следующие категории судов: военные корабли, военно-вспомогательные суда, пограничные корабли, таможенные суда, суда портового и вспомогательного флота, постоянно осуществляющие работу в соответствующем районе, а также иные небольшие суда. Решения об освобождении от обязательной лоцманской проводки, а также время проводки судов (круглосуточно, в светлое время суток, с полной водой и т.п.) определяется капитанами морских портов и объявляется в обязательных актах по морским портам (п. 9 Правил лоцманской проводки).

В районах, где лоцманская проводка судов является обязательной, капитан морского порта и в Казахстане, и в России вправе установить обязательную лоцманскую проводку судов в случаях, если судно или перевозимый им груз может причинить ущерб морской среде; либо если судно имеет серьезные повреждения корпуса, механизмов или оборудования, что может существенно влиять на безопасность мореплавания в порту. В этом случае капитан судна уведомляется капитаном морского порта о том, что его судно должно следовать под обязательной лоцманской проводкой (ст.47 Закона). Следовательно, и в этих случаях заключение договора является обязательным.

Предмет договора сформулирован в законодательных актах следующим образом: морские лоцманы в соответствии с Правилами обеспечивают безаварийную проводку судов и согласно обязательному акту по морскому порту и указаниям дежурной службы морской администрации постановку судна на якорь или бочку и съёмку с них, швартовку судов и отшвартовку, перестановку судов в порту; следят за состоянием акватории порта и по заданию капитана морского порта производят промер глубин на акватории порта и в пределах портовых вод.

Проводку судна лоцманы осуществляют в любое время суток, если по условиям обязательных актов по морским портам не установлено другое, ограниченное время, а также кроме случаев, когда по стихийным условиям не обеспечивается их безопасная проводка (спад воды, туман, ледовые условия и т.п.). Во время проводки судов лоцманы следят за состоянием и правильностью навигационного ограждения и немедленно сообщают в морскую администрацию обо всех неисправностях и недостатках. Они также сообщают обо всех аварийных случаях с проводимыми судами или с другими судами, встретившимися на пути.

Лоцманы следят, чтобы проводимыми судами соблюдались правила по предупреждению загрязнения моря нефтепродуктами, а также санитарные правила (выбрасывание за борт мусора и т.п.), выполняют требования законодательства по охране государственной границы, портовых сооружений, фарватеров и т.п., а также следят за тем, чтобы не производилось измерение глубин фарватеров. Лоцманы обязаны информировать капитанов проводимых судов о выяв-

ленных нарушениях соблюдения правил судоходства, актов морской администрации по портам и других действующих правил и требуют устранения выявленных нарушений, а в случае невыполнения капитаном указанных и иных законных требований лоцмана, немедленно сообщают об этом в морскую администрацию. В случае аварии с судном или несчастного случая с людьми в районе лоцманской проводки лоцманы принимают все возможные меры по оказанию помощи. Данные положения также свидетельствуют о публичном характере деятельности лоцманской службы.

Присутствие на судне лоцмана не исключает ответственности капитана судна за управление судном. При наличии достаточных оснований для сомнений в правильности рекомендаций лоцмана капитан судна вправе в целях безопасного плавания судна отказаться от услуг данного лоцмана. В случае, если лоцманская проводка судна является обязательной, капитан судна должен потребовать замены лоцмана. При этом в районе обязательной проводки, где это возможно, судно должно быть остановлено в ожидании прибытия другого лоцмана.

Лоцман не имеет права без согласия капитана оставить судно прежде, чем оно не будет в безопасном месте поставлено на якорь, ошвартовано, выведено в море или пока лоцман не будет сменен другим лоцманом. Место оставления судна лоцманом в море может быть изменено по условиям погоды или другим причинам, о чем капитан должен быть поставлен в известность своевременно.

Договор обязательной лоцманской проводки судов является возмездным. Капитан судна, вызвавший лоцмана и после прибытия последнего отказавшийся от его услуг, заполняет и подписывает лоцманскую квитанцию для полной оплаты за услуги лоцмана, причитающейся за проводку, для которой был вызван лоцман.

С судов, пользующихся услугами морских лоцманов, в том числе и при методе лидирования, взимается плата за услуги лоцмана (в России - лоцманский сбор) в установленном законодательством порядке, с учетом предоставляемых льгот, что отнесено нами к основным признакам публичного договора. Это относится и к случаям, когда один лоцман осуществляет проводку нескольких судов, следующих друг за другом. Основанием для взыскания с судна платы за услуги лоцмана служит лоцманская квитанция, подписанная ка-

питаном судна или радиотелеграфное подтверждение. В случае, если лоцман увезен проводимым судном за пределы обслуживаемого ими района, капитан возмещает лоцману стоимость обратного проезда (стоимость билета на том или ином виде транспорта, суточные за время возвращения и при необходимости стоимость проживания в гостинице) к месту постоянной работы.

Ответственность лоцмана или организации, работником которой он является, за ненадлежащую лоцманскую проводку судна ограничена суммой, равной десятикратной оплате за такие услуги (п.1 ст. 49 Закона). Тем самым здесь имеет место ограниченная ответственность исполнителя.

Лоцман или организация, работником которой он является, несет ответственность в полном объеме, если доказано, что убытки, причиненные судну в результате ненадлежащей лоцманской проводки, явились результатом действия (бездействия) лоцмана или организации, работником которой он является, совершенного умышленно или по грубой неосторожности. Лоцман, виновный в ненадлежащей лоцманской проводке судна, может быть дисквалифицирован в порядке и на условиях, определенных правилами лоцманской проводки судов.

Тем самым по договору обязательной лоцманской проводки судов морской порт обязуется обеспечить безаварийную проводку судов и согласно обязательному акту по морскому порту и указаниям дежурной службы морской администрации постановку судна на якорь или бочку и съёмку с них, швартовку судов и отшвартовку, перестановку судов в порту, а также иные действия по безопасной проводке судов, а перевозчик обязуется оплатить услуги по лоцманской проводке, если иное не предусмотрено законодательством. Данное определение носит субъективный характер и не претендует на абсолютную истинность, поскольку иных определений для сравнения не имеется.

Резюмируя проведенное исследование, можно прийти к выводу, что услуги лоцмана носят публичный характер, стороны договора соответствуют требованиям ст. 387 ГК РК; лоцманы являются всего рода монополистами в своем деле, поэтому отказ от проведения лоцманской проводки может быть обжалован в суде; цена услуг, а также иные условия данного договора устанавливаются одинаковыми для всех услугополучателей. Для отдельных категорий потреби-

телей установлены льготы в виде освобождения от обязательной лоцманской проводки, а, следовательно, и от оплаты. Отказ морского порта от заключения договора обязательной лоцманской проводки при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие услуги не допускается. При необоснованном уклонении морского порта от заключения данного договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 ст.399 ГК РК (ст.445 ГК РФ).

Правительством РК утверждены правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении договора. Договор является обязательным и для потребителя лоцманской услуги. И, наконец, договор заключается способом присоединения к формуляру «исполнителя». Детальная регламентация прав и обязанностей сторон также характерна именно для публичных договоров.

Таким образом, полагаем, что, несмотря на непоименованность договора обязательной лоцманской проводки в качестве публичного, он содержит все основные признаки публичного договора с вытекающими из этого последствиями.

Иные сферы действия публичных договоров

Договоры на оптовом рынке электрической энергии

В Казахстане научные исследования о договорах на оптовом рынке энергоснабжения не проводились. Сам термин «оптовый рынок энергоснабжения» является новым для отечественного законодательства и экономики, он появился только около десяти лет назад. Особенностью оптового рынка является то, что правоотношения на нем опосредуются несколькими различными видами договоров, которые в конечном счете направлены на снабжение непосредственных потребителей.

Между розничным и оптовым рынками энергоснабжения существует неразрывная связь, так как процесс снабжения энергией конечных потребителей начинается еще со стадии производства (выработки) энергии и энергоносителей. Наиболее развитым в Казахстане в настоящее время является оптовый рынок электрической энергии. Это обусловлено спецификой объекта - электрической энергии, которую можно в кратчайшие сроки передать на любые расстояния, если имеются присоединенные электрические сети. Закон РК «Об электроэнергетике» определяет оптовый рынок электрической энергии как систему отношений, связанных с куплей-продажей элек-

трической энергии, функционирующей на основе договоров между субъектами оптового рынка электрической энергии. В свою очередь оптовый рынок электрической энергии состоит из:

1) рынка децентрализованной купли-продажи электрической энергии, функционирующего на основе заключаемых участниками рынка договоров купли-продажи электрической энергии по ценам и условиям поставки, устанавливаемым соглашением сторон;

2) рынка централизованной торговли электрической энергией, представляющего собой организованную торговую площадку для купли-продажи электрической энергии на краткосрочном (спот-торги), среднесрочном (неделя, месяц) и долгосрочном (квартал, год) основании;

3) балансирующего рынка в режиме реального времени, функционирующего в целях физического и последующего финансового урегулирования почасовых дисбалансов, возникающих в операционные сутки между фактическими и договорными величинами производства - потребления электрической энергии в единой электроэнергетической системе Республики Казахстан, утвержденными системным оператором в суточном графике производства-потребления электрической энергии;

4) рынка системных и вспомогательных услуг, функционирующего на основе как приобретения у субъектов оптового рынка электрической энергии, так и оказания системным оператором соответствующих услуг субъектам оптового рынка электрической энергии для обеспечения установленных государственными стандартами надежности работы единой электроэнергетической системы Республики Казахстан и качества электрической энергии (ст. 15 Закона «Об электроэнергетике»).

Отметим, что все четыре рынка являются параллельными и взаимосвязанно действующими. В настоящее время в Казахстане создается рынок электрической мощности.

Субъектами оптового рынка электрической энергии в соответствии с ЗРК «Об электроэнергетике» являются энергопроизводящие, энергопередающие, энергоснабжающие организации, потребители электрической энергии, системный оператор, оператор централизованной торговли электрической энергией и иные организации, осуществляющие деятельность на оптовом рынке электрической энергии.

Ни в одном нормативном правовом акте РК не указано, что договоры на оптовом рынке электрической энергии являются публичными договорами. Более того, ст.17 ЗРК «Об электроэнергетике» говорит о закреплении правоотношений на оптовом рынке только договорным методом (свободным, добровольным). В этой же статье названы и виды договоров на оптовом рынке: купля-продажа электрической энергии, оказание услуг по передаче электрической энергии, услуг технической диспетчеризации, регулированию электрической мощности, балансированию производства-потребления электрической энергии, организации и функционированию централизованных торгов электрической энергией на оптовом рынке электрической энергии. До 2003-2004 годов, помимо нашей диссертации, практически ни в одной научной работе, а тем более в законодательных актах не назывались современные виды договорных отношений на оптовом рынке электрической энергии. По инерции их продолжали называть договорами о реверсивных перетоках и т.д., что не соответствовало сложившимся рыночным реалиям. В частности, договоры возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии называли услугами по транспортировке, хотя к транспортным обязательством данные правоотношения не имеют никакого отношения. Об этом же говорят и российские авторы. [243, с.222-223] Предыдущий ЗРК «Об электроэнергетике» от 16.07.1999 г. в ст. 14 называл только договоры купли-продажи и передачи электрической мощности и электрической энергии на оптовом рынке. И лишь в ныне действующем Законе впервые появился более подробный перечень таких договоров, позволяющий разграничить действия участников оптового рынка. В Российской Федерации поименование договоров на оптовом рынке произошло с принятием Федерального Закона от 26.03.2003 г. «Об электроэнергетике». [358]

В связи с тем, что на оптовом рынке действуют договоры и купли-продажи, и оказания различных услуг, мы не могли рассмотреть данный договор ни в обязательствах по передаче имущества, ни в обязательствах по оказанию услуг.

Системный анализ имеющегося нормативно-правового материала позволяет установить множество признаков публичного договора в договорных отношениях на оптовом рынке.

Так, публичный характер деятельности субъектов оптового рынка электрической энергии, по нашему мнению, не требует доказательств. Достаточно сказать, что электрическая энергия относится к стратегически важным ресурсам, определяющим даже национальную безопасность государства. Вместе с тем не только наличие или отсутствие электрической энергии, но и режим ее подачи имеют определяющее значение для нормального гражданского оборота. В условиях интенсивно развивающейся экономики и частной собственности деятельность субъектов оптового рынка имеет важнейшее значение, носит публичный характер. Мы уже отмечали, что оптовый рынок неразрывно связан с функционированием розничного рынка и неполадки на оптовом рынке прямо отражаются на интересах каждого частного лица непосредственно. В предыдущих разделах работы нами представлены мнения ученых о том, что публичность договора зависит не от его значения в публичных правоотношениях, а от того, как он отражается на интересах частных лиц. Следовательно, первый признак публичного договора здесь налицо.

Теперь перейдем к субъектам публичного договора. При этом следует учесть, что понятие оптовый рынок подразумевает не хаотичное, бессистемное осуществление действий, а организованную и управляемую систему действий субъектов такого рынка. Поэтому основными субъектами здесь являются операторы рынка – системный оператор и оператор централизованной торговли.

В соответствии со ст. 14 ЗРК «Об электроэнергетике» энергопроизводящие, энергоснабжающие организации, гарантирующие поставщики электрической энергии и организации, осуществляющие покупку электрической энергии в целях последующей продажи, должны покупать или продавать на централизованных торгах электрическую энергию в порядке, установленном государственным органом, осуществляющим контроль и регулирование деятельности в сферах естественных монополий. Ныне такой порядок утвержден Правилами организации и функционирования централизованных торгов электрической энергией в РК. [358]

Далее, п. 5 ст. 14 Закона гласит, что системный оператор, региональные электросетевые компании и иные организации, владеющие электрическими сетями, обеспечивают свободный доступ к рынку электрической энергии *всех участников рынка* в порядке, установ-

ленном государственным органом, осуществляющим контроль и регулирование деятельности в сферах естественных монополий.

И, наконец, п.6 закрепляет норму о том, что энергопередающая организация *не вправе отказывать* в подключении энергопроизводящим и энергоснабжающим организациям и потребителям к электрическим и тепловым сетям, а также в передаче электрической или тепловой энергии при условии выполнения ими требований, установленных нормативными правовыми актами Республики Казахстан.

Правительством утверждены следующие Типовые договоры, применяемые на оптовом рынке: на оказание услуг по технической диспетчеризации отпуска в сеть и потребления электрической энергии, на оказание услуг по передаче электрической энергии по сетям межрегионального уровня, на оказание услуг по передаче и/или распределению электрической энергии. [359] Данное обстоятельство подтверждает наличие одного из выделенных нами признаков публичного договора.

Распоряжения системного оператора по режимам производства, передачи и потребления электрической энергии при осуществлении централизованного оперативно-диспетчерского управления обязательны для исполнения всеми субъектами оптового рынка электрической энергии (ст. 11 Закона «Об электроэнергетике»). Системный оператор вправе отключать электроустановки субъектов оптового рынка электрической энергии, не выполняющих оперативные распоряжения по режиму производства, передачи и потребления электрической энергии, от электрических сетей, находящихся под централизованным оперативно-диспетчерским управлением.

Таким образом, цепочка оптового рынка замыкается. Из этого следует, что для заключения договоров купли-продажи энергии, мощности на оптовом рынке субъект должен получить право доступа к оптовому рынку, а право доступа оформляется заключением договора с системным оператором рынка. Для заключения сделок энергопроизводящим, энергоснабжающим и энергопередающим организациям придется заключать договоры с оператором рынка централизованной торговли (рыночным оператором). Соответственно, ни системный оператор, ни рыночный оператор не имеют права отказать в заключении данных договоров при условии соответствия субъекта требованиям участия в оптовом рынке. Отказ в заключе-

нии договоров на оптовом рынке может быть обжалован в судебном порядке.

Оператор рынка централизованной торговли электрической энергией:

- 1) осуществляет организацию и проведение спот-торгов;
- 2) осуществляет организацию и проведение централизованной торговли электрической энергией на среднесрочный (неделя, месяц) и долгосрочный (квартал, год) периоды;
- 3) обеспечивает равные условия доступа субъектов оптового рынка электрической энергии на рынок централизованной торговли электрической энергией;
- 4) определяет соответствие субъектов оптового рынка электрической энергии требованиям, установленным правилами централизованной торговли электрической энергией;
- 5) осуществляет регистрацию и учет заключенных сделок по купле-продаже электрической энергии на централизованных торгах электрической энергией;
- 6) обеспечивает в пределах своей компетенции субъектов оптового рынка электрической энергии информацией по индикативным ценам на электрическую энергию, сложившимся на централизованных торгах, и другой рыночной информацией.

Обязательные требования предъявляются и к содержанию договоров, которые якобы должны быть свободными. Так, договоры купли-продажи электрической энергии должны содержать график суточного электропотребления и порядок резервирования энергопроизводящими организациями электрической мощности.

Кроме того, договоры купли-продажи электрической энергии, договоры на оказание услуг по передаче электрической энергии, технической диспетчеризации, регулированию электрической мощности, балансированию производства-потребления электрической энергии на оптовом рынке электрической энергии должны содержать условия и порядок прекращения энергоснабжения или оказания соответствующих услуг в случае несвоевременной оплаты по договору.

О «несвободном» характере договорных отношений на оптовом рынке свидетельствуют и следующие требования Правил организации и функционирования оптового рынка электрической энергии: договоры купли-продажи электрической энергии (техническая

часть), предусматривающие физическую поставку/отпуск электрической энергии по национальной электрической сети, подлежат технической экспертизе и регистрации у Системного оператора. При технической экспертизе и регистрации договоров купли-продажи электрической энергии Системный оператор проверяет наличие доступа энергопроизводящих организаций и потребителей к национальной электрической сети, определяет возможности передачи и технической диспетчеризации электрической энергии в соответствии с необходимыми техническими требованиями (п.10).

Договоры купли-продажи электрической энергии, предусматривающие передачу или транзит электрической энергии по электрическим сетям сопредельных государств, подлежат регистрации Системным оператором при наличии соответствующих договоров между Системным оператором и уполномоченными организациями сопредельных государств (п.11).

Для регистрации договоров купли-продажи электрической энергии (техническая часть) Системному оператору предоставляются договора купли-продажи электрической энергии и подписанная обеими сторонами информационно-техническая заявка к договору (п.12).

Энергопроизводящие организации осуществляют деятельность по производству и продаже электрической энергии на оптовом рынке электрической энергии РК, руководствуясь не автономией воли, «не своей волей и в своем интересе», а только при выполнении ими следующих условий (п.22): наличие лицензии; наличие доступа к национальной и (или) региональной электрической сети; поставка на оптовый рынок электрической энергии в объеме не менее 1 мегаватт среднесуточной (базовой) мощности и наличие систем коммерческого учета, телекоммуникаций, обеспечивающих их унификацию с системами, установленными у Системного оператора.

Как видно из изложенного, на поверхности лежит еще один признак публичного договора: обязательность заключения договора и сопутствующие ему обязательные требования, распространяющиеся в основном на стадию заключения договора.

Из перечисленных выше субъектов особыми участниками являются Рыночный и Технический (системный) операторы, они представляют «обязанную» сторону на оптовом рынке электрической энергии. «Потребителями», или контрагентами «исполнителей» яв-

ляются энергоснабжающие, энергопередающие и энергопроизводящие организации.

В соответствии со ст. 10 ЗРК «Об электроэнергетике» системный оператор выполняет следующие функции: оказывает системные услуги по передаче электрической энергии по национальной электрической сети в соответствии с договором, обеспечивает ее техническое обслуживание и поддержание в эксплуатационной готовности; по технической диспетчеризации, осуществляя централизованное оперативно-диспетчерское управление режимами работы единой электроэнергетической системы РК в соответствии с договором, включая составление фактических балансов и формирование суточного графика производства-потребления электрической энергии; по физическому урегулированию дисбалансов электрической энергии; обеспечивает надежность работы единой электроэнергетической системы РК; осуществляет организацию функционирования балансирующего рынка электрической энергии в режиме реального времени и рынка системных вспомогательных услуг; взаимодействует с энергосистемами сопредельных государств по управлению и обеспечению устойчивости режимов параллельной работы и т.д.

Рыночный же оператор – это организация, осуществляющая централизованные торги электрической энергией.

Первоначально при введении оптового рынка электрической энергии, публичность договоров в текстах нормативных правовых актов носила более прозрачный характер. Основанием возникновения правоотношений на ОРЭМЭ являлся Трехсторонний договор между Рыночным оператором, Техническим оператором и Продавцом (или Покупателем) электрической мощности и (или) энергии. Поэтому субъекты оптового рынка электрической энергии уже к началу 2000-х годов были обязаны: иметь лицензию на занятие соответствующим видом деятельности; иметь приборы или системы коммерческого учета покупаемой или продаваемой энергии или мощности с долговременной дискретной памятью и средствами передачи данных операторам рынка; иметь диспетчерские пункты с современными средствами связи с операторами рынка; иметь обученный персонал; иметь системы сбора и передачи телеметрической информации о величине энергии и мощности; принять обязательство, что мощность потребления или

поставки электрической энергии каждым потребителем в течение суток составляет не менее 5 мегаватт.

В настоящее время требования несколько изменились (п.12 Правил организации и функционирования централизованных торгов электрической энергией 2007 г.). [358] Для участия в централизованных торгах электрической энергии субъекту рынка необходимо оборудовать рабочее место оператора торгов техническими и программными средствами, позволяющими работать с базой данных торговой системы; предоставить оператору рынка список уполномоченных лиц - операторов торгов, прошедший инструктаж у оператора рынка по работе в торговой системе. Для участия в спот-торгах необходимо открыть в обслуживающем банке банковский счет и внести обеспечение платежа на покупку электрической энергии.

Еще одним признаком публичных договоров является заключение договоров по одинаковым ценам. В соответствии с Правилами оказания услуг по обеспечению надежности и устойчивости электроснабжения [360] оплата за пользование услугами по обеспечению надежности и устойчивости электроснабжения, производится потребителями этих услуг исходя из величины фактически потребленной ими электрической энергии в соответствии с условиями договора на предоставление услуг. Но стоимость услуг, оказываемых Техническим оператором по обеспечению надежности и устойчивости электроснабжения, *определяется по тарифам, установленным Законом о естественных монополиях*, что свидетельствует о наличии еще одного из элементов публичного договора в рассматриваемых правоотношениях.

Размер платы за оказанные услуги определяется произведением установленного тарифа на объем электроэнергии, определенный по данным фактического баланса поставки-потребления электрической энергии, составляемого Рыночным оператором независимо от класса напряжения и принадлежности сетей, по которым осуществлялось потребление электрической энергии.

Дискриминация при взимании цены, взимание необоснованных дополнительных сумм также могут быть обжалованы субъектами оптового рынка в судебном порядке.

Наша позиция о публичном характере договоров на оптовом рынке электрической энергии подтверждается также мнениями российс-

ких ученых, в том числе А.Запруднова, который на основании анализа Закона РФ «Об электроэнергетике» приходит к такому же выводу. [361, с.31] Автор подробно исследует договор оказания услуг по передаче электрической энергии, относящийся к тому же к естественно-монопольному виду деятельности и приходит к выводу, что данный вид договоров на оптовом рынке является подвидом договоров о возмездном оказании услуг.

Права и обязанности участников производства и передачи электрической энергии детально регламентированы ст.12 ЗРК «Об электроэнергетике» и названными подзаконными актами.

В соответствии Правилами организации и функционирования централизованных торгов электрической энергией в РК централизованные торги электрической энергией проводятся анонимно, дистанционно с использованием сети интернет на веб-сервере торговой системы оператора рынка.

Договор участия на рынке централизованной торговли электрической энергией между субъектом оптового рынка электрической энергии и рыночным оператором об участии в централизованной торговле электрической энергией должен заключаться в письменной форме, но опять же способом присоединения к договору, разработанному услугодателем на основании Типового договора.

Процедура проведения торгов детально регламентирована. По итогам торгов оператор рынка регистрирует сделки в реестре и уведомляет участника торгов о результатах состоявшихся торгов. После этого участники торгов заключают договоры купли-продажи (поставки) электрической энергии, за исключением спот-торгов, и исполняют заключенные сделки.

Условия доступа на рынок централизованной торговли электрической энергией включают в себя заключение договора участия; регистрацию участника торгов в торговой системе оператора рынка с заполнением заявления на регистрацию в торговой системе и регистрационных карт участника торгов в двух экземплярах по форме, разработанной оператором рынка, а также оборудование рабочего места оператора торгов техническими и программными средствами, позволяющими работать с базой данных торговой системы; предоставление оператору рынка списка операторов торгов, прошедших инструктаж у оператора рынка по работе в торговой системе и

открытие в обслуживающем банке банковского счета с внесенным обеспечением платежа на покупку электрической энергии.

Таким образом, можно сделать вывод, что договоры на оптовом рынке электрической энергии отвечают практически всем признакам публичного договора, следовательно, на них должны распространяться требования статьи 387 Гражданского кодекса Республики Казахстан.

Иные договоры в сферах естественных монополий и регулируемых рынков

Правовое регулирование конкуренции и монополистической деятельности, в том числе естественномонопольной деятельности – достаточно новое явление в правовой системе не только Казахстана, но и других стран СНГ, которое начало формироваться менее 20 лет назад и в этом вопросе нам не сравниться, например, с США, где знаменитый «закон Шермана» был принят более ста лет назад.

В юридической науке Республики Казахстан теоретические исследования гражданско-правовой характеристики договоров в сфере естественных монополий на монографическом уровне не проводились. Единственная сфера, которая была исследована на диссертационном уровне – это договоры энергоснабжения, отдельно договор газоснабжения и договоры в сфере снабжения нефтепродуктами. В сфере публичного права проблемы недопустимости использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением на рынке также достаточно глубоко не анализировались. Впервые в Казахстане в 2010 г. вышла в свет монография А.Ж.Бикебаева, посвященная детальному анализу административных отношений в сфере конкуренции. [362] Поэтому нам пришлось использовать в основном метод формально-юридического исследования нормативных правовых актов, регулирующих договорные отношения в сфере естественных монополий и регулируемых рынков.

В Российской Федерации гражданско-правовые вопросы сферы естественных монополий и регулируемых рынков за последнее десятилетие исследовались на монографическом уровне во многих работах: «Проблема свободы договора и антимонопольное законодательство Российской Федерации», [56] «Гражданско-правовая ответ-

ственность за злоупотребление доминирующим положением на товарных рынках», [363] «Правовое регулирование естественных монополий», [364] «Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение: понятие, виды и последствия превышения: Сравнительный анализ права России, США и Франции» [365] и других.

Закон РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» (далее - Закон) определяет естественную монополию как состояние рынка услуг (товаров, работ), при котором создание конкурентных условий для удовлетворения спроса на определенный вид услуг (товаров, работ) не возможно или экономически не целесообразно в силу технологических особенностей производства и предоставления данного вида товаров, работ или услуг. [251] К сферам естественных монополий в Республике Казахстан в соответствии с пунктом первым ст.4 названного Закона относятся услуги (товары, работы):

1) по транспортировке нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;

2) по хранению, транспортировке газа или газового конденсата по магистральным и (или) распределительным трубопроводам, эксплуатации газораспределительных установок и связанных с ними газораспределительных газопроводов;

3) по передаче и (или) распределению электрической энергии;

4) по производству, передаче, распределению и (или) снабжению тепловой энергией;

5) по технической диспетчеризации отпуска в сеть и потребления электрической энергии;

6) магистральных железнодорожных сетей;

7) подъездных путей;

8) аэронавигации;

9) портов, аэропортов;

10) телекоммуникаций при условии отсутствия конкурентного оператора связи по причине технологической невозможности либо экономической нецелесообразности предоставления данных видов услуг, за исключением универсальных услуг телекоммуникаций;

11) по предоставлению в имущественный найм (аренду) или пользование кабельной канализации и иных основных средств, тех-

нологически связанных с присоединением сетей телекоммуникаций к сети телекоммуникаций общего пользования;

12) водохозяйственной и (или) канализационной систем;

13) общедоступные услуги почтовой связи.

Из данного перечня нами в настоящей работе ранее были рассмотрены договоры в сфере энергоснабжения и оказания услуг связи, которые легально признаны законодателем публичными договорами.

Уполномоченный орган осуществляет анализ перечисленных выше сфер на предмет отнесения предоставляемых субъектами естественных монополий услуг (товаров, работ) в рамках данных сфер к регулируемым. В целях реализации нормы ст.4 Закона Правительством РК были утверждены 20 типовых договоров на предоставляемые услуги (товары, работы), относящиеся к сфере естественной монополии, соответствующие названным выше видам деятельности, [201] а также был утвержден Перечень регулируемых услуг (товаров, работ) субъектов естественных монополий. [320]

Учитывая естественно-монопольный характер деятельности обязанной стороны рассматриваемых договоров, очевиден также и публичный характер их деятельности, не требующий дополнительного обоснования. Доминирующее положение хозяйствующего субъекта определяется его возможностью оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем рынке или затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам. При этом в учет берется рынок товара, не имеющего заменителя либо взаимозаменяемых товаров. Субъекты естественных монополий «решающим образом влияют на бюджетобеспеченность страны и сохранение социальной стабильности в силу того, что естественно-монопольные сферы являются, по сути, фундаментом жизнеобеспечения». [366, с.3]

Однако создается впечатление, что Гражданский кодекс действует сам по себе, а законодательство о конкуренции и монополиях – само по себе, взаимно не пересекаются, кроме ст. 11 ГК РК, где обозначены общие запреты, но не относящиеся к субъектам естественной монополии. Кстати, в Гражданском кодексе Республики Молдова обязанная сторона публичного договора прямо именуется «доминирующим субъектом», что позволяет провести прямую связь его монопольного положения с ограничениями, накладываемыми нор-

мами о публичном договоре. [367] В Казахстане же приходится научным путем доказывать необходимость распространения норм о публичном договоре на все договоры, заключаемые субъектами естественных монополий с потребителями их товаров, работ или услуг, а не только на те, которые прямо поименованы таковыми законодателем. Иначе один и тот же договор, например, о переработке нефтепродуктов не квалифицировался бы в одном случае как публичный, в другом – как обычный предпринимательский договор.

В Законе РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» законодателем для обозначения публичного характера деятельности субъектов естественной монополии применен термин «всеобщее обслуживание» (статьи 3 и 7), под которым понимается предоставление услуг (товаров, работ) субъектами естественных монополий для всех потребителей на определенной территории Республики Казахстан, где субъекты естественных монополий осуществляют свою деятельность и в состоянии предоставлять услуги (товары, работы). Представляется, что данный оценочный термин следует трактовать как наличие публичного характера деятельности субъекта, как обязательное обслуживание «каждого и всех, кто обратится».

Публичность, всеобщность как основополагающий признак деятельности субъектов естественных монополий логично влечет за собой и необходимость вмешательства государства в правовое регулирование правоотношений с участием таких субъектов. В соответствии со ст. 15 Закона государственное регулирование деятельности субъекта естественной монополии осуществляется следующими способами: утверждением тарифа (цены, ставки сбора), предельного уровня тарифа (цены, ставки сбора), инвестиционного тарифа (цены, ставки сбора), тарифной сметы, временного понижающего коэффициента, особого порядка формирования затрат, порядка ведения раздельного учета доходов, затрат и задействованных активов по каждому виду регулируемых услуг (товаров, работ) и в целом по иной деятельности, согласованием учетной политики и утверждением временного компенсирующего тарифа.

Субъекты естественных монополий подлежат включению в Государственный регистр, состоящий из республиканского и местных разделов, с указанием конкретных видов предоставляемых регулируемых услуг (товаров, работ).

Субъектом естественной монополии Закон признает индивидуального предпринимателя или юридическое лицо, занятое производством товаров, выполнением работ и (или) предоставлением услуг потребителям в условиях естественной монополии. Вместе с тем Закон о естественных монополиях необоснованно исключает из возможного субъектного состава естественных монополистов некоммерческие организации, чему мы нашли подтверждение и в научных работах других авторов. [364, с.8]

Контрагент субъекта естественной монополии – это потребитель, под которым рассматриваемый Закон подразумевает физическое или юридическое лицо, пользующееся регулируемыми услугами (товарами, работами) субъекта естественной монополии (п.13 ст.3). Причем в рассматриваемой сфере в качестве потребителей бесспорно могут быть и юридические лица, как коммерческие, так и некоммерческие. То есть субъектный состав договоров в сферах естественных монополий и регулируемых рынков соответствует субъектному составу публичных договоров, причем потребители услуг характеризуются неограниченным их количеством.

Статья 7 Закона вменяет в обязанность субъектов естественной монополии заключать поименованные выше договоры со всеми клиентами, обратившимися за продажей соответствующих услуг (товаров, работ). Тем самым предусмотренное пунктом 4 ст. 399 ГК РК обязательное заключение договора составляет часть общего режима, установленного публичным договором, но в сфере антимонопольного законодательства.

Однако Закон и принятые во его исполнение подзаконные акты Республики в сфере естественной монополии не содержат даже отсылочных норм о применении правил статьи 387 ГК РК к регулируемым ими договорным отношениям (кроме законодательства об энергоснабжении, перевозке и связи, рассмотренном нами ранее). Во всяком случае, законодатель обходит стороной обозначение данной ситуации.

Тем не менее, попытаемся обосновать, что рассматриваемые договоры имеют практически и все остальные признаки публичных договоров.

Первым признаком публичности договора нами обозначен публичный характер деятельности «коммерческой организации», о ко-

тором выше уже сказано. Добавим лишь, что сфера естественной монополии – это такая сфера, где потребитель в случае отказа ему «коммерческой организацией» в заключении договора не может обратиться более ни к кому другому, поскольку на рынке отсутствуют другие исполнители, что усиливает публичный характер деятельности «коммерческой организации» и законодательство обязывает ее заключить договор с «каждым, кто обратится». То есть субъект естественной монополии лишается права выбора контрагента и права решать вопрос о заключении или о незаключении договора (п. 2 ст. 7 Закона). Соответственно, в случае необоснованного отказа потребитель имеет право обратиться в суд о понуждении к заключению договора и возмещении причиненных убытков.

Далее, условия договора по цене должны быть одинаковыми для всех потребителей, если только законом и иными правовыми актами специально не предусмотрены льготы для отдельных потребителей (п. 2 ст. 387 ГК, п. 3 ст. 7 Закона). В данной сфере цены являются регулируемыми, т.е. одинаковыми для категорий потребителей на основании вмешательства уполномоченных органов государства.

Из приведенных выше сведений об утверждении Правительством 20 Типовых договоров следует, что договоры в сфере естественных монополий заключаются путем присоединения потребителя к заранее разработанным на основе типовых договоров офертам, что является еще одним признаком публичного договора.

В качестве еще одного характеризующего публичный договор признака мы называем издание Правительством РК правил, обязательных для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.). Приведенные выше 20 типовых договоров, утвержденные Правительством РК в 2003 г., показывают наличие и такого признака в правовом регулировании договоров в сфере естественной монополии. Кроме того, часть рассмотренных нами в других параграфах договоров прямо поименована законодателем в качестве публичных в иных законодательных актах, поэтому мы с полной уверенностью относим и остальные договоры в сфере естественных монополий к публичным договорам.

Права и обязанности субъектов естественной монополии, а также их контрагентов закреплены на законодательном уровне с конкретизацией в подзаконных актах. Причем анализ прав и обязаннос-

тей сторон также свидетельствует об ограничении договорной свободы субъектов естественной монополии и намерении законодателя закрепить механизмы защиты прав контрагентов субъектов естественной монополии, т.е. потребителей в широком смысле.

Права и обязанности сторон договорных отношений в сфере естественных монополий жестко урегулированы уже на законодательном уровне. Так, статья 6 Закона РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» закрепляет 12 пунктов о правах субъектов естественной монополии и 23 пункта об обязанности таких субъектов, в том числе: обеспечивать всеобщее обслуживание потребителей регулируемых услуг (товаров, работ) в соответствии с требованиями к качеству предоставляемых регулируемых услуг (товаров, работ), установленными государственными органами в пределах их компетенции, с учетом тарифов (цен, ставок сборов) или их предельных уровней, утвержденных уполномоченным органом на предоставляемые регулируемые услуги (товары, работы); заключать в соответствии с типовыми договорами, утвержденными Правительством Республики Казахстан, индивидуальные договоры с потребителями на каждый вид предоставляемых регулируемых коммунальных услуг (товаров, работ), а также на каждый вид и (или) совокупность иных предоставляемых регулируемых услуг (товаров, работ) и т.п.

Хотя многие из числа договоров в сфере естественных монополий прямо названы законодателем публичными в Гражданском кодексе РК и специальных законах, но законодатель при этом ни в ГК, ни, например, в Законе «Об электроэнергетике» не акцентирует внимание на естественно монопольном состоянии стороны, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору. И, наоборот, законодательство о естественных монополиях не содержит норм о публичном характере регулируемых им договорных отношений.

Более того, в договорных отношениях с участием потребителей-граждан дополнительно должны применяться также и нормы законодательства о защите прав потребителей. В.Ф.Яковлев тоже считает, что антимонопольное законодательство нуждается в совершенствовании в аспекте усиления защиты прав потребителей. [159] Однако в отечественных законодательных актах в рассматриваемой сфере такие нормы отсутствуют. А.Ж.Бикебаев, говоря в целом о сфере монополий, выражает недоумение отсутствием в соответстви-

ющих законодательных актах норм о защите прав потребителей, называя такое положение «странным». [362, с.97]

Поэтому нами предлагается внесение дополнения ст. 2 Закона РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» в виде подпункта 3-2 следующего содержания: «Правоотношения, охватываемые настоящим Законом, регулируются также законодательством о публичном договоре (ст.387 Гражданского кодекса)», а статью 10 Закона «Права потребителя услуг (товаров, работ) субъекта естественной монополии» дополнить пунктом 5-2 следующего содержания: «на потребителей – физических лиц распространяется также законодательство о защите прав потребителей».

В связи с ограниченными рамками работы из числа видов деятельности в сфере естественной монополии нами не рассмотрены договоры по транспортировке нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; по предоставлению услуг магистральных железнодорожных сетей; подъездных путей; аэронавигации; портов, аэропортов; по предоставлению в имущественный найм (аренду) или пользование кабельной канализации и иных основных средств, технологически связанных с присоединением сетей телекоммуникаций к сети телекоммуникаций общего пользования и другие.

Тем самым договоры в сфере естественной монополии по правовой природе являются публичными договорами и на них должно распространяться действие норм ст.387 ГК РК. В законодательные акты о естественных монополиях и о конкуренции мы предлагаем ввести нормы о публичном характере договоров в рассмотренной сфере и применении законодательства о защите прав потребителей в случаях использования товаров, работ или услуг субъектов естественных монополий в потребительских целях.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Концепция демократического, правового и социального государства, закрепленная в Конституции Республики Казахстан, направлена на защиту свободы личности, индивида, приоритетную поддержку его субъективных прав. Идеал правового и социального государства должен получить закрепление в конкретных сферах жизнедеятельности общества.

В гражданско-правовой сфере правовое регулирование осуществляется преимущественно путем установления государством диспозитивных норм, основным содержанием которых является правовое дозволение, поэтому современный гражданский оборот характеризуется увеличением частно-правовых начал, закреплением принципа свободы договора в его правовом регулировании, что характерно для этапов проведения реформ в экономике и в целом в обществе. Однако свобода как философская категория не является беспредельной, она предполагает одновременно и установление разумных границ при ее реализации в общественных отношениях. Ограничение свободы является объективно необходимым в целях достижения баланса противоположных интересов участников гражданских правоотношений, называемого нами социальной справедливостью. Нормативный принцип свободы договора, закрепленный в ст.2 ГК РК, не может быть абсолютным в силу приведенных выше оснований.

Институт публичного договора является мало исследованным в цивилистической науке Казахстана, законодательство о нем не апробировано в достаточной мере в хозяйственной и судебной практике, сам термин «публичный договор» носит оценочный характер, а его легальная дефиниция не лишена недостатков. В таких условиях в процессе реализации права толкование норм о публичном договоре должно производиться с учетом не только аналогии права и закона, но и с учетом основных начал гражданского законодательства.

Анализ же содержания статьи 2 ГК РК «Основные начала гражданского законодательства» позволил прийти к выводу, что на самом деле принципы гражданского права здесь перечислены неполно, имеет место смешение принципов и методов правового регули-

рования, частичное дублирование некоторых принципов и нарушение равенства закрепленных принципов путем приоритетного изложения нескольких норм только о принципе свободы договора. Выявленные погрешности законодательной техники дают основание ученым называть разное количество нормативных принципов гражданского права, приводить разные принципы и т.д. Поэтому предлагается исключить нормы, выходящие за рамки «основных начал», а для придания должной значимости принципам добросовестности, разумности и справедливости, которые, по убеждению автора, должны применяться не только при осуществлении гражданских прав, но и при исполнении обязанностей, предлагается перенести их в ст.2 ГК РК вторым пунктом.

Свобода договора в качестве принципа помещена законодателем в ст.2 ГК РК, поэтому нет необходимости дублировать данное название в ст.380 ГК РК, из содержания которой явствует, что она регламентирует свободу заключения договора. Ст. 380 является специальной по отношению к ст. 2 ГК РК и мы полагаем, что следует переименовать ст.380 ГК РК как «Свобода заключения договора».

Целью ограничения принципа свободы договора в правовом, демократическом и социальном государстве является социальная справедливость, понимаемая как удовлетворение правомерных общественных, публичных интересов посредством удовлетворения интересов всех и каждого, что возможно путем применения регулятивных свойств публичного договора, но только в сочетании с реализацией соответствующих методов и принципов правового регулирования в частном праве.

Рассмотрев публичный договор как ограничение принципа свободы договора, автор приходит к выводу, что такое ограничение направлено не на ущемление какой-либо из сторон, а, наоборот, на установление справедливого баланса интересов сторон, которые в силу различных причин являются де-факто экономически неравноправными.

Выделение публичного договора как особого свойства определенных гражданско-правовых договоров свидетельствует о его особой социальной роли, воздействии на широкие социальные группы, выраженной в формуле «публичный характер деятель-

ности». Обобщественная совокупность частных интересов переходит в качество общественного интереса, интерес каждого становится значимым не только для отдельного лица, но и для всего общества.

Однако такая функция публичного договора вуалируется законодателем путем нечеткого закрепления легального определения, что позволяет недобросовестным исполнителям игнорировать публичный характер осуществляемых ими видов деятельности. Понятие публичного договора, содержащееся в ст.387 ГК РК, имеет существенные недостатки, затрудняющее его правильное правоприменение, не позволяет достигать цели законодателя об установлении социальной справедливости путем защиты прав и интересов слабой стороны публичного договора, в связи с чем автором предложено собственное определение публичного договора.

Законодатель Казахстана не проводит четкую грань между договорами, подлежащими и не подлежащими отнесению к публичным договорам, что порождает разночтения и разногласия как в науке гражданского права, так и в правоприменительной деятельности, а это также отрицательно влияет на правопорядок в целом, стабильность и однородность судебной практики, в конечном счете на соблюдение и защиту прав субъектов в договорных правоотношениях, рассчитанных на массового потребителя.

Публичный договор выделен законодателем в отдельный вид по критерию свойства публичности определенных видов договоров по направленности действий участников. Однако, в отличие от других свойств (консенсуальность, реальность, возмездность и т.д.) выявление наличия или отсутствия свойства публичности обладает определенной сложностью, т.к. для этого требуется установление наличия или отсутствия в договорном правоотношении целой совокупности признаков.

К признакам публичного договора предложено отнести публичный характер деятельности доминирующей в правоотношении стороны, наличие публичной оферты; специальный субъектный состав, заключение договора способом присоединения и по одинаковой цене со всеми потребителями, за исключением случаев предоставления льгот законодателем или самой «коммерческой организацией»; издание Правительством типовых договоров и правил, подробно рег-

ламентирующих права и обязанности сторон; применение законодательства о защите прав потребителей в случаях, когда потребитель использует товары, работы и услуги контрагента не в предпринимательских целях; обязательность заключения договора для самого потребителя.

Что касается дальнейшего поименования договоров публичными, то автор приходит к выводу, что в первую очередь наличие или отсутствие признаков публичности в тех или иных договорных конструкциях должны быть выявлены в теории гражданского права, а также в хозяйственной и судебной практике. Только после этого законодатель может вносить в действующее законодательство дополнения о публичном характере определенных договоров, во избежание повторения ситуации с договором о депонировании произведений в сфере авторского права.

В законодательных актах о естественных монополиях договоры в данной сфере законодатель не называет публичными. Поэтому предлагается дополнить ст. 2 Закона РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» подпунктом 3-2 следующего содержания: «Правоотношения, охватываемые настоящим Законом, регулируются также законодательством о публичном договоре», а статью 10 Закона «Права потребителя услуг (товаров, работ) субъекта естественной монополии» дополнить пунктом 5-2 следующего содержания: «на потребителей – физических лиц распространяется также законодательство о защите прав потребителей».

Рассмотрение вопроса о соотношении публичного договора и договора присоединения привело к выводу, что договор присоединения не является самостоятельным, обособленным видом договоров. Договор присоединения - это лишь способ заключения публичных и иных договоров, рассчитанных на массового потребителя. Облечение публичного договора в форму договора присоединения облегчает процесс заключения множества однотипных договоров.

При этом «потребителю» в публичном договоре должно быть предоставлено дополнительное право требовать изменения или расторжения договора, если публичный договор в форме присоединения хотя и не противоречит законодательству, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, ис-

ключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие, явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора (ст.389 ГК РК).

В связи с изложенным, предлагается внести изменения и дополнения в ст. 389 ГК РК об оформлении текста публичного договора в форме присоединения шрифтом, доступным для прочтения любым клиентом, понятным для потребителя языком и т.п. Точная формальная определенность будет способствовать конкретизации в регулировании правоотношений и достижению большей степени социальной справедливости. Предлагаемый вариант правовой нормы может выглядеть таким образом:

«1. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах *в доступной для восприятия и понятной для потребителя форме и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом*».

При этом оферент должен предпринять любые (все) разумные меры для информирования потребителя и ознакомления его со стандартными условиями. Стандартные условия договоров могут быть разработаны оферентом как на основе утвержденных Правительством типовых договоров и правил, так и на основе примерного договора, а также могут быть самостоятельно разработаны оферентом для массового применения. Кроме того, возможно прямое применение нормативных правил, например, в сфере розничной торговли.

В связи с тем, что пункт 3 ст.389 ГК РК ограничивает право предпринимателей требовать расторжения публичного договора в форме присоединения, содержащего явно обременительные условия, мы считаем, что несправедливо исключать право предпринимателей обращаться с требованиями о признании недействительными обременительных условий, тем более, когда государство провозглашает политику всемерной поддержки и защиты предпринимателей. Поэтому данную норму предлагается исключить.

Анализ договора о депонировании произведений в сфере авторского права, поименованного законодателем публичным, позволил сделать вывод, что на самом деле он публичным не является, так как в нем отсутствует подряд четыре признака: услуга оказывается государственным органом и включена в специальный перечень государственных услуг; потребители данной услуги не характеризуются массовостью; несмотря на то, что «потребителями» данной услуги являются только физические лица, здесь неприменимо законодательство о защите прав потребителей; заключение договора не является обязательным для потребителя услуги. Представляется, что из текста п.2 ст.979 ГК РК необходимо исключить второе предложение: «Такой договор и договор депозитария с пользователем являются публичными (статья 387 настоящего Кодекса)».

Рассмотрев иные договоры, не поименованные законодателем публичными, но имеющие элементы публичных договоров, мы пришли к выводу, что в них также присутствуют все основные признаки публичности договоров, что дает основание отнести их к публичным договорам. Это договор возмездного оказания образовательных услуг, договоры банковского счета, банковского вклада, перевода денег, обслуживания платежных карточек; договоры обязательного страхования, обязательного аудита, договор обязательной логманской проводки, договоры на оптовом рынке электрической энергии, иные договоры в сфере естественных монополий и регулируемых рынков.

Исследование нормативных правовых актов в части, касающейся гражданско-правовой ответственности обязанной стороны договоров, отнесенных законодателем к публичным, показывает установление ограниченной их ответственности. Тогда как предпринимательская деятельность должна характеризоваться повышенной имущественной ответственностью, строиться на началах риска, исходя из чего автор предлагает конструировать ответственность предпринимателей по принципу полной имущественной ответственности. В частности, в нормы об ответственности энергоснабжающих организаций внести изменения о возмещении ими не только реального ущерба, но и упущенной выгоды клиентов; в нормы о договорах перевозки внести изменения о снятии ограничения имуществен-

ной ответственности перевозчика стоимостью билета или перевозки груза, и т.д.

Несмотря на обозначение законодателем договоров бытового подряда, проката, гостиничных услуг в качестве публичных, в Казахстане отсутствуют подзаконные нормативные правовые акты, регламентирующие данные виды услуг. Поэтому предлагается принять и утвердить Правила или Типовые договоры на уровне Правительства, в соответствии с требованиями ст.387 ГК РК, и/или утвердить стандарты оказания таких услуг.

В целях защиты прав потребителей-граждан в публичных договорах в ст.10 ГК РК предлагается поместить общее правило об этом в следующей редакции: «7. К правоотношениям с участием граждан-потребителей применяются нормы законодательных актов о защите прав потребителей». Указанные дополнения необходимы для единообразия в толковании соответствующих норм правоприменителями и соблюдения конституционных гарантий прав личности.

Льготы по цене потребителям в публичном договоре могут быть предоставлены не только на законодательном уровне, но и самими «коммерческими организациями», что соответствует диспозитивному методу правового регулирования в гражданских правоотношениях, тем более такая мера направлена на улучшение прав потребителей.

Следует отметить, что поиск материалов судебной практики не всегда приводил к желаемому результату. В Казахстане суды не практикуют публикации обзоров по категории публичных договоров, нет судебной статистики по теме нашего исследования, в отличие от России. Судебные споры в основном ведутся в связи с ненадлежащим исполнением договора энергоснабжения. В ряде случаев отсутствуют реальные правовые возможности посредством обращения в судебные органы добиться установления социальной справедливости по конкретному спору. Хотя в ситуации, когда четкая граница между публичными и «непубличными» договорами пока не обозначена законодателем и наукой, по мнению С.С. Алексеева, суды не только могут, но и юридически обязаны принимать решения с одной лишь ссылкой на общепризнанные права человека, и, по его обоснованному мнению,

неотъемлемые права человека в современных условиях по своему юридическому значению не только не уступают национальным законам всех рангов, но и в принципе имеют по сравнению с ними приоритетное юридическое действие. [10, с.127]

Поскольку в Казахстане публичный договор как оценочная категория не получил еще должного научного рассмотрения, полагаем необходимым и своевременным издание нормативного постановления Верховного Суда РК о судебной практике применения законодательства о публичных договорах, что несомненно будет способствовать единообразному правопониманию и правоприменению, а также более высокой степени правовой защищенности всех участников таких правоотношений. Проект такого постановления нами подготовлен.

За рамками исследования остались такие договорные правоотношения, имеющие признаки публичного договора, как культурно-просветительские услуги театров, музеев, библиотек, иные зрелищные услуги, услуги общественного питания, услуги по вывозу твердых бытовых отходов, услуги по обслуживанию лифтов, услуги автозаправочных станций, биржевая торговля; многие договорные правоотношения в сфере естественной монополии, в частности, по транспортировке нефти по магистральным трубопроводам, договоры по транспортировке и хранению природного газа, услуги в сфере магистральных железнодорожных сетей, в сфере подъездных путей, в сфере аэронавигации, в сфере портов и аэропортов и т.д.

С сожалением приходится констатировать недостаточный объем научных исследований в отечественной юриспруденции по вопросам публичного договора, хотя все предпосылки для научных изысканий имеются, в частности, новизна правового института, особая актуальность в связи с массовым его применением в повседневной жизни и т.д. Если право как объективное отражение экономических и других общественных явлений отрывается в своем состоянии от объективной реальности, оно начинает тормозить дальнейшее развитие общества. Поэтому надеемся, что обозначенные нами и оставшиеся за рамками исследования вопросы получат дальнейшее развитие в науке казахстанского гражданского права.

Как отмечено ученым, «игнорируя и не замечая основные проблемы современной правовой жизни и науки, отечественная правовая наука обречена оставаться на периферии, играя привычную для нее роль «вечно догоняющего» ведомого. У каждого человека и у всякого общества (сообщества) существует возможность выбора... Сейчас перед нами стоит выбор: быть в гуще событий и определять их развитие или наблюдать со стороны и следовать за событиями». [368, с.36]

Законодательство любой отрасли права, а в особенности гражданское законодательство, которому в современных условиях присуще свойство динамизма, должно отражать постоянное развитие своего предмета, фиксировать переход на более высокую ступень, чем и обусловлены наши предложения о совершенствовании законодательства.

Список использованных источников

1. Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. – М.: Наука, 1988.- 312 с.
2. Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм. /Избранные произведения по общей теории права и государства. – М.: Наука, 1980. – 272 с.
3. Диденко А.Г. Категория договора, ее место и значение в постсоветском праве. //Гражданское право. Общая часть. Учебное пособие. – Алматы: Нурпресс, 2006. – С.367-381 (432 с.)
4. Тихомиров Ю.А. Публичное право. – М.: БЕК, 1995. – 496 с.
5. Иванов В.В. К вопросу об общей теории договора. //Государство и право.- 2000. - №12. – С.73-79
6. Иванов В.В. Общая теория договора. – М.: Юрист, 2006. – 238 с.
7. Корецкий А.Д. Теория договорного регулирования гражданско-правовых отношений. Автореферат дисс. на соискание уч. степени д.ю.н. - Ростов-на-Дону, 2007. – 60 с.
8. Казанцев М.Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. Автореферат дисс. на соискание ученой степени д.ю.н. – Екатеринбург, 2008. - 42 с.
9. Диденко А.Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве. Избранное. (Постсоветский период). – Алматы, 2004.- 308 с.
10. Алексеев С.С. Философия права. – М.: Норма, 1999. – 336 с.
11. Беклешицева И.В. Понятие гражданско-правового договора. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – Екатеринбург, 2004.- 25 с.
12. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. /Руководитель авторского коллектива Залесский В.В. – М.: Норма, 2000.- 648 с.
13. Осакве К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность, ограничения. //Журнал российского права. -2006. №7.- С.84-93; №8.- С.131-143
14. Куанышбаева С.О. Предпринимательские сделки по законодательству РК. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - Алматы, 2004. – 177 с.
15. Сулжйменов М.К. Предпринимательский договор как комплексный институт гражданского права. //Журнал российского права. – 2008.- №1.- С.10-20
16. Коммерческое право зарубежных стран. Учебник. /Под ред. Попондопуло В.Ф. – СПб., 2005.- 502 с.
17. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. Издание третье. – М.: Статут, 2001. – 800 с.
18. Богданов Е.В. Специфика и социальное значение предпринимательских договоров. //Журнал российского права. - 2002.- №1.- С. 53-59.

19. Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. – М.: АО «ЦентрЮрИнфор», 2001.- 212 с.
20. Комиссарова Е.Г. Основные начала гражданского законодательства. – Тюмень, 2000.- 184 с.
21. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. – М.: Русский язык, 1989. – С.431, 494 //www. slova.ru
22. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 18, ст. 644
23. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 г. //Казахстанская правда. – 1997. - №174 (22424)
24. Калмыков Ю.Х. О значении общих положений гражданского законодательства. /Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. – М.: Родос, 1998. – С. 43-57
25. Щенникова Л.В. Принципы гражданского права: достижения цивилистики и законодательный эффект. В сб.: Цивилистические записки. Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 2. – М.: Статут - Екатеринбург: Институт частного права, 2002. - С. 41-59.
26. Басин Ю.Г. Принципы гражданского законодательства. /Гражданское право. Сборник статей. Общая часть. Учебное пособие.- Алматы: Нур-пресс, 2006.- С.82-91. - 432 с.
27. Гражданский кодекс Республики Казахстан. Части Общая и Особенная. – Алматы: Юрист, 2010. - 356 с.
28. Мороз С.П. Предпринимательское право Республики Казахстан. – Алматы: КОУ, 2008.- 308 с.
29. Вязов А.Л. Принцип справедливости в современном российском праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование). Автореф. дисс... к.ю.н. – М., 2001. - 26 с.
30. Иванова С.А. Принцип справедливости в гражданском праве России. Дисс. на соискание ученой степени д. ю. н. - Москва, 2006. - 415 с.
31. Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права. //Законность. - 1998. - №8. - С.49-55
32. Тирских М.Г., Черняк Л.Ю. Место принципов права в системе российского права. //Академический юридический журнал. - 2009. - №2. - С.4-10 //www.femida-inform.ru/journal.php?journal_id=3 – 8 Кб
33. Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов (по изданию 1913 г.). - М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. – 128 с.

34. Ершов Ю.Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве Российской Федерации. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. Екатеринбург, 2001. – 170 с. Автореферат – 25 с.

35. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). В двух книгах. Книга 1. – 2-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики. /Ответственные редакторы М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2003.- 544 с.

36. Грибанов В.П. Принципы осуществления гражданских прав. //Вестник Московского университета. Сер. XII: Право. - 1966. - №3. - С. 10-23.

37. Нурмагамбетов А. Место принципа свободы договора среди основных начал гражданского законодательства. //Фемида.- 2006.- №12.- С.27-30

38. Чечина Н.А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление. //Правоведение. – 1960. - № 3. - С. 78 - 83

39. Мороз С.П. Теоретические проблемы инвестиционного права (гражданско-правовой аспект). Диссертация на соискание ученой степени д.ю.н. – Алматы, 2005. -362 с.

40. Нуртаева Г.Л. Договор газоснабжения. Дисс. на соискание ... к.ю.н. – Алматы, 2008. – 176 с.

41. Филимонов В.Д. Справедливость как принцип права. //Государство и право. - 2009. - №9. - С. 5-13

42. Лившиц Р.З. Теория права. - М.: БЕК, 1994. - 224 с.

43. Теория государства и права. Учебник. /Под ред. В.М.Корельского и В.Д.Перевалова. – М., 1997. – 564 с.

44. Вильнянский С.И. Применение норм советского права. //Ученые записки Харьковского юридического института. Вып.7. - Харьков, 1956. - С.13-14.

45. Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве. //Советское государство и право. - 1970. - №7. - С.104-108.

46. Диденко А.Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве. //Гражданское законодательство РК. Статьи, комментарии, практика. Выпуск 14. – Астана, 2002. - С.58-21. - 304 с.

47. Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: общее и особенное. //Государство и право. - 2007. - №8. - С. 39-47

48. Иванова С.А. Значение принципа социальной справедливости для гражданского права как отрасли частного права. //Современное право.- 2005.- №5.- С.42-47

49. Толстой Ю.К. Принципы гражданского права. //Правоведение. - 1992. - № 2. - С. 49 – 53

50. Новицкая Т.Е. Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. – Изд. М.: Зерцало, 2002.- 388 с.

51. Гражданский кодекс Казахской ССР (утратил силу). – Алматы: Казахстан, 1984 г.- 253 с.

52. Основы гражданского законодательства ССР и республик от 31 мая 1991 г. (утратили силу) //Ведомости Верховного Совета ССР. 1991.- №25.- ст.733

53. Нурмагамбетов А. Оценочные понятия как критерии ограничения свободы гражданско-правового договора. //Журнал российского права, 2007. - №2. – С.129-137

54. Нурмагамбетов А.А. Реализация принципа свободы договора в гражданском праве РК. Дисс. на соискание ...к.ю.н. – Астана, 2009. - 166 с.

55. Забсоев К.И. Принцип свободы договора в российском гражданском праве. Дисс. на соискание... к.ю.н. - Екатеринбург, 2002.- 227 с.

56. Козлова М.Ю. Проблема свободы договора и антимонопольное законодательство Российской Федерации. Дисс. на соискание... к.ю.н. - Волгоград, 2002.- 199 с.

57. Танага А.Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России. Дисс. на соискание... к.ю.н. - Краснодар, 2001. - 226 с.

58. Михайлов С. Принцип добросовестности в договорных правоотношениях. //Хозяйство и право.- 2004.- №6.- С.89-93

59. Дроздова Т.В. Добросовестность в российском гражданском праве: Автореферат дисс...к. ю. н. - Иркутск, 2004. – 25 с.

60. Цыпленкова А.В. Договор присоединения как особая категория гражданского права. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. - М., 2002. – 205 с.

61. Калдыбаев А., Лобач С. Реализация принципов права в судебной практике. //Юрист. - 2005. - №5. - С.49-52

62. Диденко А.Г., Нестерова Е. Пути совершенствования гражданского законодательства. //Советник.- №1.- 2009.- С.40-44

63. Свердлык Г.А. Принципы советского гражданского права. Диссертация на соискание уч. степени к.ю.н. – Красноярск, 1985. - 200 с.

64. Кондратюк Д.Л. Нравственно-правовые принципы в гражданском праве России. На примере справедливости, гуманизма, разумности и добросовестности. Автореферат дисс. ... к.ю.н. Москва, 2006.- 25 с.

65. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). В 2 кн. Книга 2. /Отв. ред. М.К.Сулейменов. - Алматы, 2007. - 432 с.

66. Трунк А. Добросовестность как общий принцип гражданского права. Некоторые сравнительно-правовые замечания. //Юрист.- 2009.- №10.- С.64-67

67. Борисова Л.В. О принципе добросовестности в гражданских правоотношениях. //Журнал «Российское право в Интернете». 2009 (05). Спецвыпуск. //http://www.rpi.msai.ru/prints.200905_21.html

68. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (классика российской цивилистики). – М.: Статут, 2001. - 354 с.

69. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. Пер. с немецкого.- М.: Международные отношения, 1998. Том 2. Договор. Исходительное обогащение. Деликт. – 512 с.

70. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М.: Статут, 2002.- 205 с.

71. Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Норма-Инфра-М., 1998.- 652 с.

72. Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. 2-е изд., доп. - СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2004. – 224 с.

73. Стефанов А.Ю. Право и свобода: некоторые вопросы теории и философии права. //Сибирский Юридический Вестник. - 2004. - №2. // Интернет-ресурс <http://www.lawinstitut.ru/ru/science/vestnik/20042/stefanov.html> 992=__\$n2

74. Дигесты Юстиниана. /Под ред. Л. Л. Кофанова. - М., 2002. Т. I: Книги I-IV. - 584 с.

75. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. с изменениями и дополнениями на 21.05.2007 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996 г., N 4, ст. 217

76. Гегель Г.В.Ф. Философия права. Вступительная статья и примечания В. С. Нерсесянц. – М.: Мысль, 1990. – 524 с.

77. Венгеров А.Б. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – 528 с.

78. Щетинкина М.Ю. Реализация и ограничение действия принципа свободы договора. Автореферат дисс. ... к.ю.н. – М., 2009. - 26 с.

79. Тельгарин Р.А. Свобода заключения договоров в сфере предпринимательства по гражданскому праву России. Дисс. на соискание ... к.ю.н. - М., 1998. – 138 с.

80. Лисюкова Е.А. Пределы свободы договора в Гражданском кодексе Российской Федерации и Принципах международных коммерческих договоров. / /Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 4. /Под ред. проф. М. И. Брагинского. — М.: Издательство НОРМА, 2002. - 432 с.

81. Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30 января 2001 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г., № 5-6, ст. 24

82. Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. - М.: Прогресс, 1972. – 440 с.

83. Шопенгауэр А. Мир как воля и представление. /Немецкая классическая философия. Т.2. - М.: Изд-во Попурри, 2000. - 832 с.

84. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч.) Часть 2. - М.: Статут, 2000. – 831 с.

85. Французский гражданский кодекс: учебно-практический комментарий. /Ю.Гонгало, А. Грядов, С. Крохалев, Е. Кузнецов, И. Медведев, В. Янков. - М.: Проспект, 2008. - 742 с.

86. Курбатов А. Ограничение прав при правовом регулировании: сущность и порядок. //Хозяйство и право. - 2002. - №6. - С. 42-53

87. Бекназар-Юзбашев Г.Т. Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – М., 2010.- 25 с.

88. Семёсов В.А. Понятие предпринимательской деятельности. //Академический юридический журнал. - 2002. – №4. - С.23-27. //www.femida-inform.ru/journal.php?journal_id=3 – 8 Кб

89. Верещагин А., Ларионов Р. Ограничение свободы договора преимущественным правом покупки. //Юрисконсульт в промышленности. - М.: Стройиздат.- 2006. № 9. - С. 14-15

90. Боднар Т. Свобода договора и ее ограничения в законодательстве Украины. //Юрист. - 2007.- №8. - С.50-54

91. Клишкин С.И. Императивность в регулировании гражданско-правовых отношений. Материалы МНПК, посвященной памяти профессора Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 13-14 июня 2005г. /Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2005. - С.48-53

92. Нарикбаев М., Кравченко А., Сулейменова У. Практика рассмотрения хозяйственных споров судебной коллегией по хозяйственным делам Верховного Суда Республики Казахстан (1999). – Алматы: Жеті жарғы, 2000. – 160 с.

93. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). (Классика российской цивилистики). - М.: Спарк, 1994. - 335 с.

94. Суханов Е.А. Современная кодификация гражданского законодательства в России. //Вестник Московского университета. Серия право. – 1995.- № 3.- С.3-7

95. Закон Республики Казахстан «О конкуренции» от 25 декабря 2008 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

96. Публичные услуги и право. Научно-практическое пособие. /Под ред. Тихомирова Ю.А. – М.: Норма, 2007. - 416 с.

97. Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. - М.: НИМП, 2001. – 654 с.

98. Райлян А.А. Теоретические основы потребительского права России: цивилистическое исследование. Автореферат дисс. на соискание ... д.ю.н. - Казань, 2007. – 47 с.

99. Савельев А.А. О пределах ограничений и обременений права собственности. //Юрист.- 2007.- №1. - С.12-13

100. Склоцкий К. Вопрос о пределах вмешательства государства в частную собственность в судебной практике. //Хозяйство и право.- 2002.- №6.- С.34-41

101. Бублик В.А. Публично-правовые и частно-правовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности. Автореферат дисс. ... д. ю. н. - Екатеринбург, 2000. – 53 с.

102. Маштаков К.М. Теоретические вопросы разграничения публичного и частного права. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. - Ростов-на-Дону, 2001.- 209 с.

103. Кубко А. Публичный интерес как объект охраны в частном праве (некоторые теоретические аспекты). //Юрист. - 2006. - №5. - С. 81-87

104. Дорохин С.В. Деление права на частное и публичное: конституционно-правовой аспект. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - М., 2002. – 182 с.

105. Всеобщая Декларация прав человека от 10.12.1948 г. //Международное гуманитарное право в документах. Составители Ю.М. Колосов, И.И. Котляров. - М., 1996. – 556 с. - С.23-28

106. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. //Международное гуманитарное право в документах. Составители Ю.М. Колосов, И.И. Котляров. - М., 1996. – 556 с. - С.29-39

107. Международный пакт о гражданских и политических правах. // Международное гуманитарное право в документах. Составители Ю.М. Колосов, И.И. Котляров. - М., 1996. – 556 с. - С.40-59

108. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) //www.echr.ru /documents /doc /2440800; //Международное гуманитарное право в документах. Составители Ю.М. Колосов, И.И. Котляров. - М., 1996. – 556 с. - С.69-83

109. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. Изд. 2-ое. – М.: Юристъ, 2005. - 250 с.

110. Декларация прогресса и социального развития от 11 декабря 1969 г. //Сб.: СССР и международное сотрудничество в области прав человека. Документы и материалы. – М., 1989.- С.450-451

111. Материалы международной конференции «Право и экономическое сотрудничество». – М., 1990. - С.165-168. По: Комаров С.А. Общая теория государства и права. 4-е издание. – М.: Юрайт, 1998.- 416 с.

112. Интернет – ресурс [www. suprcourt.kz](http://www.suprcourt.kz), 2005 г.

113. Басин Ю.Г. Правовой статус юридических лиц в предпринимательских отношениях. //Субъекты гражданского права. Материалы международной научно-практической конференции. - Алматы, 18-19 июня 2001 г. – С.102-103

114. Горлова Е.Н. Публичный договор в финансовом праве. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – Москва, 2010. – 24 с.

115. Морозов Н.Л. Договорные отношения в публично-правовой сфере. //Государство и право. - 2005. - №7. – С.69-74

116. Шахрай С.М. Конституционное правосудие в системе российского федерализма. – СПб, 2001. – 338с.

117. Умнова И.А. Конституционные основы современного российского федерализма. Автореферат дисс. на соискание ученой степени д.ю.н. – М., 1997. - 45с.

118. Сулейменов М.К. Субъекты гражданского права. /Избранные труды по гражданскому праву.- М.: Статут, 2006.- С.30-51. - 587 с.

119. Майорова Т. Свобода договора – миф или реальность? //www. lawmix.ru

120. Васильев С.В. Частное и публичное право в России: историко-теоретический анализ. Дис. ... д. ю. н. – СПб., 2002. – 390 с.

121. Алексеев С.С. Частное право. - М.: Статут, 1999. - 160 с.

122. Сулейменов М.К. Вступительное слово на открытии международной научно-практической конференции «Гражданское право в системе права». Алматы, май 2007 г. //Юрист, 2007.- № 6. - С.11-21

123. Комаров С.А. Общая теория государства и права. Учебник. 4-е издание. – М.: Юрайт, 1998. – 416 с.

124. Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс. – М., 2002.- 157 с.

125. Иоффе О.С. Гражданское право. Избранные труды. – М.: Юридическая литература, 1975.- 872 с.

126. Костикова С.Н. Публичный договор как институт гражданского права. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. – М., 2007.- 28 с.

127. Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. - М.: Статут, 2006. – 735 с.

128. Резолюция Организации Объединенных Наций от 16 апреля 1985 г. A/RES/39/248 «Руководящие принципы для защиты интересов потребителей». //Право Европейского союза. Документы и комментарии. - М., 1999. – 640 с.

129. Директива Совета Европейского Союза о недобросовестных условиях договоров с потребителями. //Право Европейского союза. Документы и комментарии. - М., 1999. – 640 с.
130. Гражданское уложение Германии. /Burgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einfuhrungsgesetz: Перевод с немецкого. 3-е изд., перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2008. - 896 с.
131. Кулагин М.И. Избранные труды. - М.: Статут, 1997. - 330 с.
132. Чернышев К. Новые понятия договорного права. //Хозяйство и право.- 1995. - №11. - С.45-55
133. Единообразный торговый кодекс США. – М.: Изд. МЦФЭР, 1996. - 428 с.
134. Квятковская Т.Г. Проблемы совершенствования законодательства о защите прав потребителей в Республике Казахстан. Автореферат дисс. на соискание ... к.ю.н. – Алматы, 2002.- 30 с.
135. Синявская М. С. Нарушение договорного обязательства и его правовые последствия: основные тенденции в свете сравнительно-правового анализа. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - М., 2007. – 34 с.
136. Калашникова Г.А. Публичный договор. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - Краснодар, 2002. – 240 с.
137. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Интернет-ресурс civil.consultant.ru/elib/books/7/page_1.html
138. Вестник ВАС РФ, 1997. //http://www.vestnik-vas.ru / about_v.asp
139. Мищенко Е.А. Особенности некоторых видов договоров возмездного оказания услуг. //Юрист.- 2003.- №9.- С.32-35
140. Левченко О.С. Конструкция публичного договора в российском гражданском праве. Автореферат дисс. на соискание ... к.ю.н. – Краснодар, 2008. - 24 с.
141. Мамырбаев Р.Н. Гражданско-правовое регулирование отношений по переработке нефти и реализации нефтепродуктов. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. - Астана, 2006. – 188 с.
142. Ларина Т.В. Особенности правового регулирования публичного договора в России. //Юрист. - 2004.- №4. - С.18-19
143. Иоффе О.С. Размышления о праве. – Астана: ЗАО Институт законодательства РК, 2002. - 72 с.
144. Хвоцинский А. Публичный договор: защита частного интереса? //Бизнес-адвокат, 2004. //www.juristlib.ru/book_1949
145. Закон Республики Казахстан «О связи» от 5 июля 2004 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2004 г., № 14, ст. 81
146. Закон Республики Казахстан «О зерне». //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г., № 2, ст. 12

147. Амирханова И.В. Гражданско-правовое обеспечение интересов предпринимателей. Диссертация... д.ю.н. - Алматы, 2005.

148. Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академическое издание). /Под ред. М.К. Сулейменова, Ю.Г. Басина. – Алматы, 2000. – 704 с.

149. Идрышева С.К. Проблемы определения предмета и объекта гражданского правоотношения. //Вестник Института законодательства Республики Казахстан. - 2007. - №2. - С.43-47

150. Теория государства и права. Курс лекций. /Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М.: Юрист, 2004.- С.525-530; Теория государства и права: Курс лекций. /Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юрист, 2000.- 761 с.

151. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2004.- 1055 с.

152. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. - М.: Статут, 2000. – 800 с.

153. Шайкенов Н.А. Категория интереса в советском праве. Дисс.... к.ю.н. – Свердловск, 1980. – 204 с.

154. Клейн Н.И. Принцип свободы договора и основания ограничения его в предпринимательской деятельности. //Журнал российского права. – 2008.- №1.- С. 27-33

155. Идрышева С.К., Козлов П.А. Договор возмездного оказания образовательных услуг. – Усть-Каменогорск: Медиа-Альянс, 2006. - 128 с.

156. Гражданское право. Учебник. Часть 1. /Под ред. А.П.Сергеева и Ю.К.Толстого. – М.: Проспект, 1997. – 600 с.

157. Тотьев К. Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве. //Государство и право. - 2002. № 9. - С.19-25

158. Ефимов А.Е. О нарушении публичных интересов по смыслу пункта 3 статьи 304 АПК РФ. //Юрист.- 2006.- №4.- С. 58-61

159. Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. Проблемы теории и практики – М.: Наука/Интерпериодика, 2003. – 596 с.

160. Закон Республики Казахстан «О защите прав потребителей» от 4 мая 2010 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

161. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. – М., Екатеринбург, 1999. - 312 с.

162. Скуратов Ю.И. Российская концепция социального государства: состояние и правовое развитие. //Современное право. - №1.- 2003.- С.3-7

163. Сироткина А.А. Договор оказания медицинских услуг: особенности правового регулирования. Дисс. на соискание ... к.ю.н. – М., 2004. - 149 с.

164. Гуков В. Публичный договор или публичное беззаконие? //Адвокат. 2008<http://legaladviser.kz/ru/analytics/item.55>

165. Варламова А.Н. Правовое содействие развитию конкуренции на товарных рынках. Автореферат дисс. ... д.ю.н. – М., 2008. – 46 с.

166. Дедов Д.И. «Золотая акция» и публичные интересы. //Юрист. - 2003. - №9. - С.6-8

167. Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 июня 2007 года № 561 «Об утверждении реестра государственных услуг, оказываемых физическим и юридическим лицам». //САПП Республики Казахстан, 2007 г., № 23, ст. 266

168. Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 июня 2007 года № 558 «Об утверждении Типового стандарта оказания государственной услуги». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

169. Гудушина О.Ю. Правовой режим публичного договора и деятельность медицинских организаций по оказанию платных медицинских услуг: соотношение //Медицинское право. - 2006.- № 2. <http://www.rudocor.net/medicine/bz-sw/med-rmdao.htm>

170. Дедиков С.В. Публичный договор. //Хозяйство и право. - 1997.- № 11.- С.115-120

171. Крассов Е.О. Договор о присоединении к торговой системе оптового рынка электрической энергии. //Журнал российского права. – 2008.- №1.- С.86-95

172. Яковлев В.Ф. Понятие предпринимательского договора в российском праве. //Журнал российского права.- 2008.- №1.- С.3-9

173. Закон Казахской ССР от 5 июня 1991 года «О защите прав потребителей» (с изменениями от 25 июня 1992 года. (утратил силу) //Ведомости Верховного Совета Казахской ССР, 1991 г., № 23, ст. 267; 1992 г., № 13-14, ст. 313

174. Мищенко Е.А. Публичный договор в российском гражданском праве. Дисс. ... к. ю. н. - М., 2004 г. - 174 с.

175. Трачева И.В. Особенности предмета публичного договора. // Объекты гражданских прав. Материалы международной научно-практической конференции. Алматы, 25-26 сентября 2003 г. – Алматы: КазГЮУ, 2004.- 486 с.

176. Приказ Министра энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан от 30 сентября 2004 года № 232 «Об утверждении Правил организации и функционирования розничного рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке от 30 сентября 2004 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

177. Каменева П.В. Правовое регулирование ограничения монополистической деятельности на рынке товаров, работ и услуг. Автореферат дисс... к.ю.н. - Краснодар, 2008. – 24 с.

178. Карева Т.Ю. Иски в защиту неопределенного круга лиц. //Правоведение. - 2008. - №4. - С.163-171

179. Судебная практика в сфере договорного права. – Усть-Каменогорск, 2007. – 536 с.

180. Приказ Министра транспорта и коммуникаций Республики Казахстан от 27.11.2007 г. № 252 «О внесении изменений и дополнений в приказ Министра транспорта и коммуникаций Республики Казахстан от 23 ноября 2004 года № 429-І «Об утверждении Правил перевозок грузов». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

181. Мищенко Е.А. Соотношение публичного договора и публичной оферты. //Юрист.- 2002.- №3.- С.15-16

182. Сейнароев Б.Н. Соотношение публичного договора с договором присоединения. //Вестник ВАС РФ. - 1999. - №10. - С. 108-112

183. Андреев В. Договоры в предпринимательской деятельности. // Российская юстиция. – 1995.– №4. - С. 9-12

184. Диденко А.Г. Роль договора в социально-экономических преобразованиях. //Гражданское законодательство Республики Казахстан. Толкование и комментирование. Выпуск 9. – Алматы: Баспа, 2000. – 252 с.

185. Постановление Правительства Республики Казахстан от 4 февраля 2008 г. № 90 «Об утверждении технического регламента «Процедуры подтверждения соответствия». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

186. Кодекс Республики Казахстан «О здоровье народа и системе здравоохранения» от 18 сентября 2009 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

187. Модельный контракт на проведение операций по недропользованию, утвержден постановлением Правительства РК от 31 июля 2001 года №1015. //САПП РК. 2001.- №26.- ст.288

188. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - 1997. - № 2. //base.garant.ru/12109120.html

189. Байбосынова Г.А. Публичный договор. //Материалы семинара «Судебная практика в сфере договорного права». 7-8 октября 2007 г. - С.61-65

190. Диденко А.Г. Виды договоров. //В кн. Гражданское право. Общая часть курс лекций. – Алматы, 2006. - С.663-668

191. Полякевич В.Г. Ответственность за преддоговорные нарушения. Автореферат дисс. на соискание ... к.ю.н. - М., 2007. - 24 с.

192. Типовой договор о государственных закупках товаров (работ, услуг) от 27.12.2007 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

193. Бергманн В. Введение к пониманию германского Гражданского уложения. Гражданское уложение Германии. /Burgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einfuhrungsgesetz: Перевод с немецкого. 3-е изд., перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2008. - 896 с. – с.Х

194. Егорова М.А. Публичный договор присоединения. //Всероссийская научно-практическая конференция «Государство и право в условиях глобализации». ГОУ ВПО РПА Минюста России 17-18 ноября 2004 г. - С. 161-165.

195. Витрянский В.В. Новые типы гражданско-правовых договоров. /Закон.- 1995.- №6. – С.92-98

196. Закон Республики Казахстан от 7 июля 2004 г. «Об инвестиционных фондах». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

197. Вестник ВАС РФ.- 2001.- №9. //http://www.vestnik-vas.ru /about_v.asp

198. Маковский А.Л. О кодификации законодательства об интеллектуальной собственности (интервью). //Закон. - 2007. - № 11. - С. 11-12.

199. Суханов Е.А. Гражданское право и отношения собственности (о некоторых дискуссионных проблемах). //Гражданское законодательство РК. Выпуск 22. - Алматы: Юрист, 2005. - С. 69-89

200. Соколов Н.Я. Правовая реформа глазами юристов. //Государство и право. - 2006. - №6. - С.5-13

201. Постановление Правительства Республики Казахстан от 28 ноября 2003 года № 1194 «Об утверждении типовых договоров на предоставляемые услуги (товары, работы), относящиеся к сфере естественной монополии». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

202. Большой юридический словарь 3-е изд., доп. и перераб. /Под ред. проф. А. Я. Сухарева. — М.: ИНФРА-М, 2007. - 858 с.

203. Словарь иностранных слов и выражений. /Сост. Е.С.Зенович. - М.: Олимп, 1998. - 608 с.

204. Бисимбаева Ж.А. Правовое регулирование международных железнодорожных перевозок грузов. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – Алматы, 2006.- 30 с.

205. Малейн Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. – М.: Наука, 1968. – 207 с.

206. Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1983. - 152 с.

207. Иоффе О.С. Обязательственное право – М.: Юрид. лит, 1975. – 872 с.
208. Басин Ю. Г. Ответственность за нарушение гражданско-правового обязательства. – Алматы: АдилетПресс, 1997. – 47 с.
209. Осипов Е.Б. Общие вопросы ответственности в гражданском праве. /В сб.: Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. Уральское отделение российской школы частного права. - М.: Статут, 2001. - С. 297-318
210. Сулейменов М.К. Ответственность в гражданском праве //Юрист. - 2006. - №6. - С.11-22
211. Канев Д.Р. Понятие гражданско-правовой ответственности. //Правоведение. - 2008. - №4. - С.184-200
212. Приказ Министра энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан от 24 января 2005 г. № 10 «Об утверждении Правил пользования электрической энергией и Правил пользования тепловой энергией». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК
213. Колупаев И. А. Случаи гражданско-правовой ответственности при функционировании товариществ с ограниченной ответственностью. // Научные труды «Адилет».- №1 (11). - 2002. - С. 109 – 116
214. Закон Республики Казахстан «О железнодорожном транспорте» от 8 декабря 2001 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г., № 23, ст. 315
215. Закон Республики Казахстан «Об электроэнергетике» от 9 июля 2004 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2004 г., № 17, ст. 102
216. Приказ Председателя Комитета гражданской авиации Министерства транспорта и коммуникаций Республики Казахстан от 25 апреля 2003 г. № 182 «Об утверждении Правил перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях Республики Казахстан». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК
217. Горячева Е.В. Ответственность предпринимателей за нарушение договорных обязательств. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - Алматы, 2004. - 28 с.
218. Досжанов Ж.Б. Азаматтық-құқықтық шарттық жауапкершілік. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – Алматы, 2008. - 23 с.
219. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан № 3 от 21 июня 2001 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда». // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

220. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 25 июля 1996 года № 7 «О практике применения судами законодательства о защите прав потребителей». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

221. Тарабаев П. Особенности применения законодательства о защите прав потребителей в сфере страховых услуг. //Хозяйство и право. – 2005. - №9. – С. 26-29

222. Ефремова М. Защита слабой стороны в договорах страхования. Сравнительно-правовой аспект. //Хозяйство и право. - 2008. - №1. - С.21-30

223. Постановление Правительства Республики Казахстан от 4 августа 2000 года N 1197 «Об утверждении Соглашения об основных направлениях сотрудничества государств-участников Содружества Независимых Государств в области защиты прав потребителей». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

224. Аболонин Г. Групповые иски в законодательстве и судебной практике США. //Российский юридический журнал. - 1997. - №1. - С.144-147

225. Аболонин Г.О. Групповые иски в гражданском процессе. Дисс.... к.ю.н. – Екатеринбург, 1999.- 157 с.

226. Гражданский кодекс Республики Казахстан (особенная часть). Комментарий. Изд. 2-е, испр. и доп., с использованием судебной практики. /Отв. редакторы М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2003. - 832 с.

227. Закон Республики Казахстан «О регулировании торговой деятельности» от 12 апреля 2004 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2004 г., № 6, ст. 44

228. Хорошавина Н.Ю. Правовое регулирование договорных отношений розничной купли-продажи. Автореферат дисс...к.ю.н. - Казань, 2007. – 23 с.

229. Ровный В.В. Конструкция договора купли-продажи в законодательстве и доктрине. //Гражданское законодательство: статьи, комментарии, практика. Выпуск 14. - Астана, 2002. - С.92-154

230. Андреева Л. Существенные условия договора: споры, продиктованные теорией и практикой. //Хозяйство и право. - 2000. - № 12. - С. 89-96

231. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс) от 10 декабря 2008 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2008 г., № 22-I, 22-II, ст. 112

232. Правила организации деятельности торговых рынков от 5 февраля 2003 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

233. Правила внутренней торговли от 21 апреля 2005 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

234. Правила осуществления электронной торговли в РК от 10 сентября 2007 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

235. Перечень товаров, которые не подлежат обмену или возврату. Утв. Постановлением Кабинета Министров РК от 29 сентября 1993 г. № 960. / / База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

236. Закон Республики Казахстан «О техническом регулировании» от 9 ноября 2004 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2004 г., №21, ст.124

237. Законы Республики Казахстан от 21 июля 2007 г. «О безопасности игрушек», «О безопасности пищевой продукции» // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

238. Законы Республики Казахстан «О безопасности химической продукции» от 21 июля 2007 г., «О безопасности машин и оборудования» от 21 июля 2007 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2007 г., № 17, ст. 134, ст.135

239. Архив Усть-Каменогорского судебного участка №2. Архивное дело 181/425-00Г – 2000 г.

240. Идрышева С.К. Правовое регулирование договора энергоснабжения. - Усть-Каменогорск: Издательство ВКГУ, 2000 г. - 172 с.

241. Идрышева С.К. Правовые проблемы договора энергоснабжения. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. – Алматы, 2002. - 139 с.

242. Елисеев И.В. Реформирование электроэнергетики и развитие договора энергоснабжения в ГК РФ и Федеральном Законе «Об электроэнергетике». //Материалы 2-й научно-практической конференции «Актуальные вопросы правового регулирования и правоприменения в электроэнергетике. – Спб., 2003.

243. Мамедова Э.О. Договор возмездного оказания услуг по передаче электроэнергии. //Правоведение. - 2008. - №5. - С. 219-226

244. Витрянский В.В. Договор энергоснабжения и структура договорных связей по реализации и приобретению электроэнергии. //Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 22. - Алматы: Юрист, 2005. - С.90-111 (427 с.)

245. Правила предоставления коммунальных услуг в Республике Казахстан от 7.12.2000 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

246. Гуйван П.Д. Правовое регулирование снабжения электрической энергией. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – Харьков, 2000. - 32 с.

247. Закон Республики Казахстан «О лицензировании» от 11.01.2007 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2007 г., № 2, ст. 10

248. ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» от 10.03.1995г. //Сборник законов РФ. - 1995. - №16. - Ст.1316

249. Правила и условия об энергоснабжении потребителей, имеющих аварийную бронь, от 29.10.2004 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

250. Сейнарсев Б.Н. Договор энергоснабжения. //Вестник ВАС РФ. – 2000. - №6.- С.128-141; №7.- С.116-123

251. Закон Республики Казахстан «О естественных монополиях и регулируемых рынках» от 9 июля 1998 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1998 г., № 16, ст. 214

252. Федеральный Закон «О газоснабжении в РФ». //www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=INT;n=45774

253. Приказ Министра энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан от 24 января 2005 года № 10 «Об утверждении Правил пользования электрической и тепловой энергией». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

254. Басин Ю.Г., Диденко А.Г. Дисциплинирующее значение оперативных санкций. //Советское государство и право. - 1983. - №4. - С.50-55.

255. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотипное. (Классика российской цивилистики). - М.: Статут, 2001. - 411 с.

256. Правила пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в РФ от 12.02.1999 г. //СЗ РФ.- 1999.- № 8.- Ст.1028

257. Беренштейн И.В. Правовое регулирование водоснабжения и водоотведения в Российской Федерации. (РГБ ОД, 61:07-12/296). Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - М., 2006. law.edu.ru/book/book.asp?bookID=125569 – 18 Кб

258. Водный кодекс Республики Казахстан от 9 июля 2003 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 17, ст. 141

259. Решение маслихата города Астаны от 30 января 2008 г. № 50/8-IV «О внесении изменений в решение маслихата города Астаны от 17 октября 2007 г. № 16/4-IV «О Правилах оказания социальной помощи отдельным категориям граждан города Астаны». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

260. Решение маслихата города Павлодара Павлодарской области от 19 июня 2008 г. № 148/7 «Об утверждении «Правил оказания жилищной помощи малообеспеченным гражданам по оплате содержания жилища, потребления коммунальных услуг, услуг связи и компенсации затрат на отдельные

виды капитального ремонта общего имущества объекта кондоминиума из бюджета города». //Информационная система «Параграф». //www.prg.

261. Обзор Департамента РК по защите прав потребителей, 2000 г. <http://www.potrebitel.kz/static/zakon-zashity-prav.html>

262. Решение Акимом г. Усть-Каменогорска № 1747 от 17.05. 2000 г. //7 дней. 26 мая 2000 г.

263. Постановление Правительства РК № 173 от 5.02. 2000 г. «О создании закрытого акционерного общества «Казтрансгаз». //САПП РК.- 2000.- № 5-6.- Ст. 68

264. Башунов В.В. Договоры купли-продажи и транспортировки газа через присоединенную сеть: правовая природа и порядок заключения. Дисс. на соискание ... к. ю. н. - Саратов, 2005. – 28 с.

265. Яхонтова А.А. Правовое регулирование газоснабжения в Российской Федерации: Гражданско-правовой аспект. Дисс. на соискание... к.ю.н. - Москва, 2005. – 24 с.

266. Гандзюк И.В. Актуальные проблемы правового регулирования в газовой отрасли и пути их решения. //Газинформ. - 2008.- №2. <http://ant-corporation.ru/press/249/>

267. Правила безопасности в газовом хозяйстве РК от 15.04.1993 г. - Алматы, 1993. - 86 с.

268. Типовой договор на предоставление услуги поставки газа через групповые резервуарные установки, Типовой договор на предоставление услуг по транспортировке газа и Типовой договор на предоставление услуг по хранению природного газа. Утв. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 ноября 2003 года № 1194. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

269. Постановление Правительства РФ № 360 «Об утверждении Правил заключения и исполнения публичных договоров о подключении к системам коммунальной инфраструктуры». Интернет-ресурс www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=INT;n=45774

270. Стаскевич Н.Л., Вигдорчик Д.Я. Справочник по сжиженным углеводородным газам. - М., 1986 г. - 543 с.

271. Депутатский запрос В.Киянского Премьер-министру РК К.К.Масимову. //Интернет-ресурс www.zakon.kz/165506-deputatskijj-zapros-premer-ministru-o.html

272. Мызров А.Н. Договор аренды. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. – Ульяновск, 2000. – 28 с.

273. Типовой договор проката приборов, оборудования и других технических средств, осуществляемого территориальными органами системы Госнаба СССР. Утвержден Постановлением Госнаба СССР и Го-

сarbитража СССР от 28 июля 1978 г. №43/5. //Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств. – 1979. - №1. - с.41.

274. Витрянский В.В. Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда зданий, сооружений и предприятий, лизинг. - М.: Юрист, 1999. – 342 с.

275. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая и третья. – М.: Инфра-М, 2009. – 512 с.

276. Бюллетень Верховного Суда РФ. - 2001.- № 2. - С. 2.

277. Закон Республики Казахстан «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами» от 1 июля 2003 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 14, ст. 102

278. Правила перевозок пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях РК от 25 апреля 2003 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

279. Правила перевозок пассажиров, багажа и грузобагажа железнодорожным транспортом РК от 18 марта 2004 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

280. Правила перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом от 10.03. 2004 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

281. Правила перевозок грузов автомобильным транспортом от 22.12. 2004 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

282. Закон Республики Казахстан «Об автомобильном транспорте» от 4 июля 2003 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 15, ст. 134

283. Закон Республики Казахстан «О транспорте» от 21 сентября 1994 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

284. Шерстобитов А. Е. Гражданско-правовые вопросы охраны прав потребителей. - М.: МГУ, 1993. - 144 с.

285. Закон Республики Казахстан «О частном предпринимательстве» от 31 января 2006 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2006 г., № 3, ст. 21

286. Интернет-ресурс [www.consultant.ru /online/base/?reg=doc; base=INT;n=45774](http://www.consultant.ru/online/base/?reg=doc;base=INT;n=45774)

287. Смирнова А.Б. Способы защиты прав потребителей в правоотношениях по перевозкам. //http://www.best-consult.ru/zakaz.htm?i=1028

288. Климкин С.И. Вопросы правового регулирования договора хранения в Гражданском кодексе Казахстана. //Юрист. - 2003. - №3. - С.20-24.

289. Ибрагимова Ф.Г. Договор хранения по законодательству Республики Казахстан. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. – Астана, 2010.- 30 с.

290. Постановление Правительства РК от 28.03.2001 г. № 394 «Об утверждении Правил формирования, хранения, освежения, перемещения и использования государственных ресурсов зерна» //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

291. Постановление Правительства РК от 11.12.2007 г. № 1218 «Об утверждении Типовой формы договора на хранение хлопка-сырца и первичной переработки хлопка-сырца в хлопок-волокно»//База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

292. Инструкция о государственной регистрации прав на произведения, охраняемые авторским правом и смежными правами, утвержденная приказом Министра юстиции РК от 27.09.2002 г. № 146. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

293. Правила сдачи, принятия и хранения рукописей неопубликованных произведений, утвержденные Приказом Председателя Комитета по правам интеллектуальной собственности МЮ РК № 1-од от 30.01.2006 г. //Юридическая газета от 17.02. 2006 г.

294. Осипов Е.Б. Защита гражданских прав в кредитно-расчетных отношениях. //Материалы международной научно-практической конференции 13-14 мая 2004 г. – Алматы, 2005.- 610 с. - С.290-292.

295. Житников И. Н. Договор банковского счета. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - Волгоград, 1999. - 20 с.

296. Лазаренко В. Ф. Договор банковского вклада в гражданском праве России. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. - Волгоград, 2003. - 24 с.

297. Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. 2-е изд., перераб. и доп. - М., 2004. -335 с.

298. Омурчиева Э.М. Правовое регулирование расчетных отношений по законодательству Кыргызской Республики. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. – Алматы, 2008. – 28с.

299. Коваленко Е.Ю. Некоторые вопросы защиты слабой стороны в обязательствах банковского обслуживания. //Материалы международной конференции КазГУ. Вып.1. - 2005. - С.143-144.

300. Закон Республики Казахстан «О жилищных отношениях» от 16 апреля 1997 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 8, ст. 84

301. Закон Республики Казахстан «О туристской деятельности в Республике Казахстан» от 13 июня 2001 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г., № 13-14, ст. 175.

302. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам туристской деятельности» от 5 июля 2008 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

303. Приказ Министра туризма и спорта Республики Казахстан от 11 ноября 2008 г. № 01-08/200 «Об утверждении Правил классификации мест размещения туристов». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

304. Постановление Правительства РК от 21.04.2008 г. № 366 «Об утверждении Правил предоставления физическими и юридическими лицами торговых, развлекательных, гостиничных, медицинских и иных услуг на территории столицы». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

305. Тихомирова А. В. Оказание гостиничных услуг по российскому гражданскому праву. Автореферат дисс. ... к.ю.н. – Челябинск, 2008. - 26 с.

306. Арифуллин М.В. Пути повышения эффективности гостиничных услуг. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. - Казань, 2008. – 21 с.

307. Свиридов К.С. Правовое регулирование деятельности по оказанию туристических услуг. Дисс. ... к. ю. н. - СПб., 2003. - 213 с.

308. Сирик Н.В. Договор оказания туристских услуг в гражданском праве России. Дисс. ... к. ю. н. – М., 2001. - 168 с.

309. Соловьев С.Л. Договор возмездного оказания услуг в сфере туристического обслуживания. Дисс. ... к. ю. н. – М., 2006. - 150 с.

310. Жмулина Д.А. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг. Автореферат диссертации ... к.ю.н. - СПб., 2009. - 23 с.

311. Толстова А.Е. Особенности заключения договора возмездного оказания гостиничной услуги. //Черные дыры в Российском законодательстве. - 2009.- №3.- С.81-83

312. Постановление Правительства Республики Казахстан от 16 октября 2008 г. № 957 «Об утверждении Типового договора на туристское обслуживание» и №958 «Об утверждении Правил предоставления туристских услуг». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

313. Постановление Правительства Республики Казахстан от 16 октября 2008 г. № 957 «Об утверждении Типового договора на туристское обслуживание» и №958 «Об утверждении Правил предоставления туристских услуг». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

314. Постановление Правительства Республики Казахстан от 31 марта 2009 года № 451 «Об утверждении перечня универсальных услуг телекоммуникаций и Правил субсидирования стоимости универсальных услуг телекоммуникаций». // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

315. Петров Д.Е. Понятие и виды договоров об оказании услуг связи. //Юрист. - 2007. - №12. - С.5-9.

316. Скрябин С.В. Защита прав потребителей в сфере телекоммуникационных услуг. //Юрист. - 2005. - №5. - С.42-45.

317. Правила оказания услуг телефонной связи от 29.09.2004 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

318. Приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по информатизации и связи от 23 января 2009 года № 33 «Об утверждении Правил оказания услуг сотовой связи» // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

319. Закон Республики Казахстан «О почте» от 8 февраля 2003 г. // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

320. Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 марта 2006 года № 155 «Об утверждении Перечня регулируемых услуг (товаров, работ) субъектов естественных монополий» // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

321. Приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по информатизации и связи от 1 июля 2005 года № 210-п «Об утверждении Правил предоставления услуг почтовой связи». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

322. Закон Республики Казахстан «Об образовании» от 27 июля 2007 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2007 г., № 20, ст. 151.

323. Сырых В.М. Введение в теорию образовательного права. – М.: Готика, 2002. - 340 с.

324. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита.- М.: МЗПРЕСС, 2000. - 244 с.

325. Зиманов С.З. Что случилось с Казахским академическим университетом? //Юрист. - 2005. - №4. – С.44-48; №5. – С.22-27.

326. Волчанская Л. Определить в законе форму и содержание договора оказания образовательных услуг. //Российская юстиция. - 2002. – № 9. - С. 33-42.

327. Кванина В.В. Гражданско-правовое регулирование отношений в сфере высшего профессионального образования. – М.: Готика, 2005. - 368 с.

328. Типовой договор оказания образовательных услуг, утвержденный Приказом Министра образования и науки РК от 12.12.2007 г.

№ 621. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

329. Государственный доклад «Защита прав потребителей в Российской Федерации в 2001 г.» /Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимателей. - М.: Издательский Дом «Правовое просвещение», 2002. – 310 с.

330. Решение коллегии МАП России «О соблюдении законодательства о защите прав потребителей при оказании платных образовательных услуг» от 24.1.11.1999 // www.consultant.ru/online/base/?req=doc; base=INT;n=45774

331. Толмачева Э. Аудит - новый вид предпринимательской деятельности //Хозяйство и право. - 1994. - №6. - С. 38 – 47.

332. Закон Республики Казахстан «Об аудиторской деятельности» от 20 ноября 1998 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1998 г., № 22, ст. 309

333. Чирков А. А. Гражданско-правовое регулирование деятельности исполнителя (аудитора) по договору об оказании аудиторских услуг. – Автореферат дисс... к.ю.н. - Волгоград, 2006. – 32 с.

334. Колесников В.Н. Договор возмездного оказания аудиторских услуг. – Автореферат дисс... к.ю.н. - М., 2004. - 22 с.

335. Попова Т.А. Правовое регулирование обязательного аудита в Российской Федерации. Дисс... к.ю.н. - Москва, 2005. - 218 с.

336. Гордия И.В. Правовое регулирование аудиторской деятельности в Российской Федерации. Дисс... к.ю.н. - Екатеринбург, 2003. - 184 с.

337. Чумаков А.А. Гражданско-правовое регулирование договора на оказание аудиторских услуг. Автореферат дисс... к.ю.н. - М., 2005. - 24 с.

338. Постановление Правления Нацбанка РК от 20.07.2007 г. №81 «О сроках составления аудиторского отчета финансовых организаций и его представления в уполномоченный орган по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК.

339. Закон Республики Казахстан от 13.06. 2003 г. «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности аудиторских организаций» // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

340. Закон Республики Казахстан «О страховой деятельности» от 18 декабря 2000 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г., № 22, ст. 406.

341. Телибекова И.М. «Договоры обязательного страхования ответственности работодателя за причинение вреда жизни и здоровью работника». Автореферат дисс. ... к.ю.н. – Астана, 2007.- 23 с.

342. Фогельсон Ю. Введение в страховое право – М.: БИК. – 2001. – 238 с.
343. Фогельсон Ю.Б. Договор страхования в российском гражданском праве. Автореферат диссертации на соискание ученой степени д.ю.н. – Москва, 2005. – 31 с.
344. Диденко А.Г. Обязательное заключение договора. //Гражданское законодательство. Статьи, комментарии, практика. Избранное. Т.4. – Алматы: Раритет, Институт правовых исследований и анализа, 2010. – С.183-209. (464 с.)
345. Расолова А. Обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств. Автореферат дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. – М., 2007. - 26 с.
346. Комиссарова М.В. Место обязательного страхования физических лиц в гражданском праве. //Юрист. - 2007. - №3. - С.9-12
347. Постановление Правления НацБанка РК от 15.02.2000 г. № 33 «Об утверждении Инструкции по оформлению страхового полиса». // База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК
348. Закон Республики Казахстан «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами» от 1 июля 2003 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК
349. Закон Республики Казахстан «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности частных нотариусов» от 11 июня 2003 г. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК
350. Ефремова М. Защита слабой стороны в договорах страхования. Сравнительно-правовой аспект. //Хозяйство и право.- 2008.- №1.- С.21-30
351. Тарабаев П. П. Особенности применения законодательства о защите прав потребителей в сфере страховых услуг. //Хозяйство и право. – 2005. - №9. – С. 26-29
352. Закон Республики Казахстан «О торговом мореплавании» от 17.01.2002 г. //Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2002 г., № 2, ст. 16
353. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. // www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=INT;n=45774
354. Иванов Г.В. Особенности правового регулирования лоцманской проводки судов как договора оказания возмездных услуг. Автореферат диссертации ... к.ю.н. <http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/178258.html>
355. Правила осуществления лоцманской проводки судов, утвержденные постановлением Правительства РК от 12.09.2003 г. № 923. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

356. Иванов Г. Законодательство, регулирующее судоходство. //Морской флот. – 2002. Интернет-ресурс www.morflot.su/archives/archives1issue.pdf

357. Федеральный Закон от 26.03.2003 г. «Об электроэнергетике». // СЗ РФ. – 2003.- №13.- Ст.1177

358. Приказ Председателя Агентства РК по регулированию естественных монополий от 29.08.2007 г. № 228-ОД «Об утверждении Правил организации и функционирования централизованных торгов электрической энергией в Республике Казахстан». //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

359. Типовой договор на оказание услуг по технической диспетчеризации отпуска в сеть и потребления электрической энергии, Типовой договор на оказание услуг по передаче электрической энергии по сетям межрегионального уровня, Типовой договор на оказание услуг по передаче и/или распределению электрической энергии от 28 ноября 2003 года. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

360. Правила оказания услуг по обеспечению надежности и устойчивости электроснабжения, утвержденные приказом Министра энергетики и минеральных ресурсов РК от 28.03.2002 г. № 66. //База данных «Закон» Республиканского центра правовой информации МЮ РК

361. Запруднов А. Договор оказания услуг по передаче электрической энергии в российском гражданском праве. //Юрист.- 2007.- №11.- С.31-33

362. Бикебаев А.Ж. Конкурентное (антимонопольное) право и политика Республики Казахстан. – Алматы: юридическая фирма «Саят Жолши» и партнеры, 2010 г. – 496 с.

363. Даниленко В..Н. Гражданско-правовая ответственность за злоупотребление доминирующим положением на товарных рынках. Дисс. ... к. ю. н. - М., 2005. - 183 с.

364. Григорьева О.А. Правовое регулирование естественных монополий. Дисс. ... к. ю. н. - Екатеринбург, 2003. - 235 с.

365. Борзило Е.Ю. Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение: понятие, виды и последствия превышения: Сравнительный анализ права России, США и Франции. Дис. ... к. ю. н. - М., 2005. - 220 с.

366. Григорьева О.А. Правовое регулирование естественных монополий. Дисс. ... канд. юрид. наук. - Екатеринбург, 2003. - 235 с.

367. Гражданский кодекс Республики Молдова от 6 июня 2002 года №1107-XV // Веб-сайт СоюзПравоИнформ 2003-2009.

368. Алимжан К. Общие принципы права в современной юридической практике Республики Казахстан и проблемы правового плюрализма. //Правовая реформа в Казахстане. – 2003.- №3 – С.32-36.

Идрышева Сара Кимадиевна,
кандидат юридических наук, доцент

**ПУБЛИЧНЫЙ ДОГОВОР В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Монография

Книга издана в авторской редакции
Верстка: Гончаров К.В.

Подписано к печати 22.09.2010 г. Формат 210x148 Бумага офсетная
Усл. печ. л. 22,09. Тираж 500 Заказ № 00

Отпечатано в ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан»
г. Астана, ул. Орынбор, д. 8
8 (7172) 74 10 51

- 380 -