

9. Жалған ақша немесе бағалы қағаздарды жасау мен сатуға болатын себептердің бірі түпнұсқалық және шетелдік валютаның түпнұсқалылығын анықтайтын детекторлар мен көрнекілік-кеңес беру плакаттарының сауда ұйымдарында болмауы екендігін есепке ала отырып, сауда нүктелерінде ақша құралдары түпнұсқалылығын анықтайтын детекторлар мен плакаттарын ілуге міндеттейтін ҚР Үкіметі деңгейінде нормативті-құқықтық акті шығарған дұрыс деп есептейміз.

#### Әдебиеттер тізімі

1. Назарбаев Н.Ә. Дөңгелек үстелдегі баяндама // Ел Президентінің «Еліміздің жаңа ғасырдағы тұрақтылығы мен қауіпсіздігі» туралы Қазақстан халқына жолдауына орай заңдарды жетілдірудің проблемалары тақырыбына арналған дөңгелек үстел материалдарынан. — Алматы, 2000. — 188-б.
2. Всемирная история государства и права: Учеб. / Под ред. В.В.Лазарева. — М.: Юристъ, 1996. — С. 145.
3. Польская Г.Н. Тайны Монетного двора. — СПб.: Питер, 2007. — 389 с.
4. Постановление Правления НБ Республики Казахстан «Об утверждении Правил ведения кассовых операций в банках второго уровня и организациях, осуществляющих отдельные виды банковских операций Республики Казахстан» от 3 марта 2001 г. //www.base.zakon.kz
5. Бюллетень ВС Российской Федерации. — 2001. — № 6. — С. 1.
6. Постановление Правления НБ Республики Казахстан № 300 «О замене находящихся в обращении денежных знаков национальной валюты Республики Казахстан» от 20 июля 2000 г. //www.base.zakon.kz
7. Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. — Н 63. — ФЗ. — М.: Юрист, 2007. — С. 115.
8. Мухамадиева Г.Ж. Уголовная ответственность за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг // Проблемы и пути развития уголовного законодательства Республики Казахстан. Науч.-практ. конф. молодых ученых и соискателей. — Караганда: КЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2001. — С. 99.
9. Мухамадиева Г.Ж. Предмет фальшивомонетничества // Актуальные проблемы права: Материалы науч. конф. — Караганда: КЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2002. — С. 36.

УДК: 347. 21

С.К.Идрышева

НИИ частного права, Казахский гуманитарно-юридический университет, Астана

#### СУБЪЕКТЫ ПУБЛИЧНОГО ДОГОВОРА

*Мақалада азаматтық құқықтағы көршілік келісім-шарты тараптарының белгілері қарастырылған. Автор жүргізілген зерттеу нәтижесінде ҚР Азаматтық кодексінің 387-бабына орындаушының сипаттамаларын анықтау мақсатында нақты өзгерістер енгізуді ұсынып, сонымен қатар тұтынушының жағдайын да жақсартуға арналған шараларды келтірген.*

*In article the legal characteristic of subjects of the public contract in civil law is investigated. The author results substantiations of necessity of modification of article 387 of the Civil code of Republic Kazakhstan regarding definition of a bound party of the public contract, and also offers measures on strengthening of positions of weakness of the given contract.*

Статья 387 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее — 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.).

Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством».

Говоря о субъектном составе публичного договора, остановимся вначале на той его 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.

Буквальное толкование нормы, заключенной в пункте первом рассматриваемой статьи, приводит к выводу, что контрагентом потребителя может быть только субъект гражданских правоотношений в одной из организационно-правовых форм коммерческой организации. А в соответствии с п. 1 ст. 34 ГК РК коммерческой организацией признается юридическое лицо, образованное для извлечения чистого дохода в качестве основной цели деятельности, выступает в виде хозяйственных товариществ, производственных кооперативов, акционерных обществ, государственных предприятий. Поэтому многие авторы до сих пор в качестве обязательной стороны публичного договора считают только коммерческие организации [1; 18].

Системный анализ имеющихся в законодательных актах правовых норм, посвященных публичным договорам, позволяет усомниться в истинности данного положения. Практика применения договоров, прямо названных законодателем публичными, бесспорно показывает, что исполнителями здесь являются не только юридические лица, но и индивидуальные предприниматели без образования юридического лица. Особенно ярко это проявляется в договорах розничной купли-продажи, проката, бытового подряда и др. Аналогичное мнение высказывается многими исследователями [2; 390].

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. Имеется в виду, что на последних не распространялись бы установленные правила о публичном договоре, ограничения договорной свободы в пользу потребителей, кроме тех, которые закреплены в законодательстве об охране прав потребителей [3; 255].

Пункт 3 статьи 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. М.И.Брагинский также указывает только на эти две категории субъектов в качестве обязательной стороны публичного договора (коммерческую организацию и индивидуального предпринимателя) [3; 254].

Однако не любая коммерческая организация или индивидуальный предприниматель могут выступать в качестве обязательной стороны 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, т.е. если они профессионально, систематически осуществляют деятельность, имеющую публичный интерес, затрагивающую интересы всех и каждого.

Но характеристика обязательной 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 организации, например, учреждения в сфере образования, здравоохранения, публичные библиотеки и даже физические лица — нотариусы. Более того, медицинские услуги в рамках публичного договора могут оказываться и государственными медицинскими учреждениями, как это имеет место в Российской Федерации, где договор возмездного оказания медицинских услуг также легально поименован публичным договором. В Казахстане государственные медицинские организации созданы в настоящее время в качестве коммерческих организаций — казенных предприятий.

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 [4; 116]. О.С.Мищенко также вскользь упоминает о некоммерческих организациях, но далее в ее диссертации речь идет только о предпринимателях в качестве исполнителей [5; 10].

Нам представляется, что биржи, являясь по своей правовой природе некоммерческими юридическими лицами в форме учреждений, также являются и субъектами публичного договора, в частности, при организации торгов на оптовом рынке электрической энергии, организации торговли ценными бумагами и т.п. Аналогично можно сказать и о договоре возмездного оказания образовательных услуг, оказываемых образовательными учреждениями. Так, высшее или среднее специальное учебное заведение в форме некоммерческого образовательного учреждения, частная школа, частное дошко-

льное учреждение — все они имеют право заниматься предпринимательской деятельностью в уставных целях.

О.С.Левченко, признавая, что «исполнителями» в рассматриваемом виде договора могут быть как коммерческие, так и некоммерческие юридические лица, а также индивидуальные предприниматели, не менее, в дефиницию публичного договора предлагает включить только «лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью» [6; 9].

Некоторые ученые характеризуют сторону, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности в публичном договоре, как «сильный контрагент» — в противоположность «слабой стороне»; как «любые субъекты профессиональной экономической деятельности» и т.п.

Изложенное выше позволяет прийти к выводу, что в качестве контрагента «потребителя» могут выступать как коммерческие и некоммерческие юридические лица, так и индивидуальные предприниматели без образования юридического лица, и даже частные нотариусы. Основным критерием является деятельность названных субъектов, имеющая публичный характер. Причем доля предпринимателей в качестве исполнителей в публичных договорах наибольшая по сравнению с остальными субъектами.

Дополнить характеристику стороны, несущей бремя исполнения основной обязанности по договору, необходимо еще одной чертой — эта сторона должна заниматься такой деятельностью систематически, профессионально, а не от случая к случаю. Поэтому в ст. 387 Гражданского кодекса РК предлагается внести соответствующие изменения: не «коммерческая организация», а «лицо, профессионально занимающееся предпринимательской деятельностью, либо в некоторых случаях — некоммерческая организация».

Контрагентом такого «исполнителя» могут быть любые физические и юридические лица, выступающие в качестве потребителей товаров, работ, услуг, производимых или осуществляемых охарактеризованной выше стороной. 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. В частности, И.В.Трачева полагает, что потребление товаров, работ или услуг не в бытовых, личных или семейных целях вытесняет этот договор за рамки публичного [7; 324]. Мы категорически с таким мнением не согласны и для обоснования своего мнения рассмотрим более детально характеристику потребителя.

Закон Казахской ССР «О защите прав потребителей» от 05.06.1991 г. (с изменениями от 26.06.1992 г.) называет потребителем гражданина, который покупает товар и пользуется работами и услугами в целях личного потребления или использования в частном хозяйстве (п.1 ст.2) [8]. В тексте же ст. 387 ГК РК отсутствуют четкие формально-определенные указания на круг субъектов, относящихся к потребителям: либо это только физические лица, либо и физические и юридические лица. 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 актах, 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). Это позволяет сделать вывод, что применение правил ст. 387 ГК РК в принципе возможно, независимо от того, кто противостоит «исполнителю» в качестве потребителя — физическое или юридическое лицо [3; 25]. В конкретном договорном правоотношении они называются пассажиром, покупателем, абонентом, услугополучателем, клиентом, заказчиком и т.п. В частности, договор энергоснабжения прямо назван законодателем публичным, абонентами (потребителями) данного договора наряду с физическими лицами являются многочисленные юридические лица и индивидуальные предприниматели.

Немецкие исследователи К.Цвайгерт и Х.Кётц также неоднократно подчеркивают, что в зарубежных правовых порядках потребителями могут выступать как физические лица, так и предприниматели [9; 512].

Проект нового Закона РК «О защите прав потребителей» 2008 г. содержит указание на потребителя только как на физическое лицо [10]. Полагаем, что здесь снова необоснованно дано ограниченное толкование понятия «потребитель» по кругу лиц. Такого же мнения придерживается С.Н.Костикова [11; 28].

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 [12; 11].

О.С.Левченко, Е.А.Мищенко, как и И.В.Трачева, полагают в качестве потребителей признавать только тех субъектов, кто обращается к исполнителю «в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью» [13; 9]. 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 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 от 30.09. 2004 г., в соответствии с которым 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 [14].

В числе потребителей публичного договора имеются и такие, для которых, в свою очередь, заключение договора является обязательным. 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. Это договоры об обязательном страховании, об обязательном аудите. А поскольку они против своей истинной воли должны вступать в договорные отношения с «исполнителями», имеющими, как правило, специальные лицензии, то и для «исполнителей» возникает обязанность заключения таковых. В законодательстве РК договоры обязательного страхования и обязательного аудита прямо не отнесены к публичным договорам.

Известный цивилист профессор М.И.Брагинский отмечал, что в публичном договоре вмешательство государства является многоцелевым [3; 246]. Основная цель государственного «вмешательства» в такие договорные правоотношения — это защита слабой стороны. Кроме того, он также полагает, что в качестве потребителей в публичном договоре могут быть и физические и юридические лица [3; 254]. В юридической литературе практически все исследователи стали использовать термин «слабая сторона договора» применительно к контрагенту «исполнителя» в публичном договоре. Такая характеристика, конечно же, соответствует фактическому положению дела. Поэтому государство принимает на себя обязанности по защите интересов потребителей путем принятия специального законодательства, в частности, норм, усиливающих правовую гарантию реализации прав потребителей. Полагаем, что такое обстоятельство свидетельствует о признании государством наличия публичного интереса в правоотношениях с потребителями.

Вместе с тем выявляется одно важное замечание: 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», можно сказать, условно, оно используется для обозначения контрагента стороны, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности по договору, отнесенному к публичным. Следует подчеркнуть, что законодательство о защите прав потребителей применяется в основном для тех категорий публичных договоров, где потребителями выступают физические лица (в том числе индивидуальные предприниматели без образования юридического лица), а также юридические лица, где определяющим является цель использования получаемого товара, работы, услуги — только для потребительских целей, не связанных с предпринимательскими.

Дело в том, что когда 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 любого субъекта таких правоотношений: физические лица, юридические лица и государство.

Поэтому не всегда на отношения, порождаемые публичным договором, распространяются нормы Закона о защите прав потребителей. Термин «потребитель», используемый законодателем в п.п. 2 и 3 ст. 387 ГК РК, имеет здесь условное значение. Под ним понимается любое лицо, потребляющее товары, работы или услуги, имеющие публичный интерес.

Полагаем, что упущением казахстанского законодателя является отсутствие ссылки на субсидиарное применение законодательства о защите прав потребителей к правоотношениям, прямо назван-

ным законодателем публичными. Данное упущение 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 субсидиарно применяются нормы законодательных актов о защите прав потребителей». Аналогичная норма должна быть внесена в Закон РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» [15].

Кроме того, полагаем, что наряду и одновременно с правилами о публичном договоре и о защите прав потребителей должны также применяться нормы по предупреждению, ограничению и пресечению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, о чем говорят и другие исследователи [16; 4].

Потребитель публичного договора характеризуется еще одним признаком — 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.

Зависимость более слабой в экономическом отношении стороны вызывается насущной необходимостью, потребностью вступить в договор на откровенно неравных условиях. Зависимость эта бывает вызвана разными обстоятельствами, в частности, ежедневной потребностью в получении так называемых коммунальных услуг, услуг связи, перевозки, общественного питания и т.д. В сфере действия некоторых публичных договоров потребителю невозможно обратиться к другому партнеру, поскольку его нет (связь, энергоснабжение). 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 является одной из причин практического отсутствия судебных споров по преддоговорной стадии публичных договоров. В сфере действия таких услуг, как банковские, страховые и т.д. клиенты вначале увлекаются для заключения договора различными благими обещаниями, указываемыми в рекламе. Перед подписанием договора клиенты с их 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 (*pacta sunt servanda*) 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.

То есть провозглашаемое в нормативных правовых актах юридическое равенство субъектов гражданских правоотношений оказывается в буквальном смысле только формально-юридическим равенством, которое автоматически влечет и формальное равенство волеизъявлений субъектов. Как мы видим, при заключении договора, т.е. при определении договорных условий, может иметь место диктат превосходящего субъекта так называемой более сильной стороны в договоре. Этим мы подчеркиваем наличие не только позитивной стороны в процессах типизации, стандартизации письменных договорных условий, но и негативную сторону этих процессов. Большинство юристов признают, что в этих договорах отсутствует возможность согласования воли сторон путем обсуждения условий договора. Таким образом, исчезает важнейший элемент самого понятия договора. 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.

Исходя из изложенного потребитель, как слабая сторона публичного договора, отличается от «исполнителя» следующими характеристиками:

- 1) меньшая степень свободы либо ее полное отсутствие при вступлении в договорные правоотношения, в том числе в формировании условий договора, по сравнению с контрагентом;
- 2) повышенная заинтересованность в заключении договора по сравнению с его контрагентом;
- 3) полное отсутствие или недостаточность информации о предмете деятельности контрагента, о предлагаемых им товарах, работах и услугах;
- 4) незнание или недостаточное знание содержания договора, т.е. прав и обязанностей сторон.

В связи с участием на стороне потребителя большого круга субъектов и фактами частого нарушения их прав со стороны «исполнителей» в зарубежном и отечественном праве появились термин «кон-

сюмеризм» и иски в защиту неопределенного круга лиц (п.1 ст.8, п.4 ст.285 ГПК РК) [17; 163–171]. Тем самым стороны публичного договора обладают специфическими признаками, позволяющими отграничить их от субъектов иных договоров.

#### Список литературы

1. *Ларина Т.В.* Особенности правового регулирования публичного договора в России // Юрист. — 2004. — № 4.; *Калашикова Г.А.* Публичный договор: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2002. — 354 с.
2. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). В 2 кн. / Отв. ред М.К.Сулейменов. — Алматы, 2007. Кн. 2. — С. 548; *Амирханова И.В.* Защита интересов слабой стороны в публичных договорах // Юрист. — 2003. — № 7; *Мищенко О.С.* Публичный договор в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 55 с.
3. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. Книга первая. — М.: Статут, 2001. — 255 с.
4. *Дедиков С.* Публичный договор // Хозяйство и право. — 1997. — № 11.
5. *Мищенко Е.А.* Публичный договор в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... — М., 2004. — 49с.
6. *Левченко О.С.* Конструкция публичного договора в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2008. — 63 с.
7. *Трачева И.В.* Особенности предмета публичного договора // Объекты гражданских прав: Материалы междунар. науч.-практ. конф. Алматы, 25–26 сент. 2003 г. — Алматы: КазГЮУ, 2004. — 425 с.
8. Закон Казахской ССР «О защите прав потребителей» // Электронный Правовой справочник «Законодательство», 2009 г.
9. *Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М.: Междунар. отношения, 1998. — 512 с.
10. Проект Закона РК О защите прав потребителей. Архив Института законодательства РК, 2008 г.
11. *Костикова С.Н.* Публичный договор как институт гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 45 с.
12. *Райлян А.А.* Теоретические основы потребительского права России: цивилистическое исследование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Казань, 2007. — 53 с.
13. *Мищенко Е.А.* Автореферат ... — С. 10; *Левченко О.С.* Автореферат. ... — 54 с.
14. Правила организации и функционирования розничного рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке от 30 сентября 2004 г. // Электронный правовой справочник «Законодательство», 2009.
15. Закон РК «О естественных монополиях и регулируемых рынках» // Электронный правовой справочник «Законодательство», 2009.
16. *Каменева П.В.* Правовое регулирование ограничения монополистической деятельности на рынке товаров, работ и услуг: Автореф. дис. ... — Краснодар, 2008. — 47 с.
17. *Карева Т.Ю.* Иски в защиту неопределенного круга лиц // Правоведение. — 2008. — № 4.