

**С.К. ИДРЫШЕВА,**

*ведущий научный сотрудник Института законодательства РК,  
кандидат юридических наук, доцент*

## **РАЗВИТИЕ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА И ПОНЯТИЯ ПУБЛИЧНОГО ДОГОВОРА В ДОКТРИНЕ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН И РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

На современную теорию договорного права существенное влияние оказывает европейское право, в котором все более утверждаются общечеловеческие гуманистические идеалы и принципы, идеи прав человека и ценности личности в современном обществе. Так называемое «вхождение в европейское экономическое пространство» постепенно ведет к отходу от разделения юридической науки на «национальные квартиры».

Говоря о романо-германской правовой системе, следует отметить, что в Древнем Риме существовали «*actiones populares*», то есть «народные иски», или публичные иски, которые были направлены именно на защиту общественных интересов, предъявляемые конкретным частным лицом, но взысканные с ответчика штрафные санкции по которым в денежном выражении поступали в общественную казну [1, 93].

Наиболее ранние письменные источники о делении права на частное и публичное также отсылают нас к римскому праву. Как говорит О.С. Иоффе, после распада Римской империи и до появления трудов глоссаторов в средние века в данной сфере произошел небольшой перерыв. В XIX-XX веках произошло возрождение учения и дискуссий о роли и месте публичного и частного начал в регулировании общественных отношений «во все более нарастающих масштабах» [2, 74]. Корни учения о дуализме частного права также связаны со средневековой Европой, что впоследствии нашло выражение в издании Гражданского кодекса Франции (Кодекса Наполеона) 1804 года и Торгового кодекса Франции 1807 года, а в Германии – в Гражданском уложении 1896 года и Торговом уложении 1897 года, действующих и поныне с внесенными в них изменениями [3, 2-4].

В англо-американском праве проблемы дуализма частного права не существует, поскольку оно не знает деления права на отрасли как в континентальной системе права.

Несмотря на то, что со времен римского права возникли и получили развитие совершенно новые и разнообразные общественные отношения,

это не отменило полностью существования правовой системы, основанной на дуализме права.

Начало закреплению принципов свободы договора и лежащих в его основе свободы личности, равноправия участников социальных, в том числе правовых, отношений, связывают с эпохами Возрождения и Просвещения, с французской буржуазной революцией 1789 года. После Великой Французской революции 1789 года 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 говорят о западной правовой культуре как о гуманистической, персонцентрической, во главу угла в которой поставлены интересы отдельной личности.

На рубеже XIX-XX веков законодательство развитых зарубежных стран прославилось так называемым «антитрестовским законодательством», основной целью которого было содействие развитию добросовестной конкуренции, а в конечном счете – практической реализации принципа свободы договора путем ограничения свободы крупных товаропроизводителей-монополистов.

В законодательстве стран дальнего зарубежья отсутствуют термины «публичный договор», «договор присоединения», вместо них применяются сходные по смыслу термины, означающие отсутствие свободного волеизъявления сторон, вынужденность принятия одной стороной условий договора, навязанных другой стороной, и т.п. Анализ содержания зарубежных «принудительных», «продиктованных» договоров свидетельствует о том, что они применяются именно к тем договорным отношениям, которые нашим законодателем названы «публичным» договором.

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». Автор отмечает, что ограничение принципа «свободы договора» путем применения стандартных проформ договора, наметилось как мировая тенденция в области договорного права зарубежных государств уже в начале XX века [4, 26].

Договоры, которые ограничивали свободу выбора договорных условий для одной из договаривающихся сторон, называемые немецкими юристами «продиктованными», появились в Европе уже в конце XIX века [5, 150].

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. Государственные планы экономического и социального развития утверждаются высшими законодательными органами, носят индикативный характер.

В европейских странах, в США при регулировании общественных отношений прослеживается явная тенденция апеллирования к правам и свободам человека и гражданина, закрепленных в соответствующих биллях, декларациях. В этом плане государства разрабатывают различные стандарты поведения государственных органов и их должностных лиц при осуществлении различных функций государства, связанных с обслуживанием многочисленных социальных групп.

Частое обращение исследователей к праву европейских государств как почти 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. Основная идея Конвенции – это признание индивида, автономной личности высшей ценностью. Нормальный порядок понимается как реализация прав индивида, индивидуальных благ и прав, что логически ведет и к реализации общего (общественного) блага. А отсюда в европейской правовой концепции публичный интерес понимается как совокупность частных интересов индивидов, коллективов и всего общества (социума). Российская Федерация в 2001 году также присоединилась к Европейской Конвенции со всеми вытекающими из этого последствиями. Для Казахстана это не означает, что, не подписав Конвенцию о пра-

вах человека, он не обязан соблюдать содержащиеся в ней положения.

Важные изменения в деле прогрессивного развития законодательства о публичных договорах в форме договоров присоединения в Европе и Америке произошли, начиная с 70-х годов XX века. Ориентация публичной власти на нужды обычного человека, рядового гражданина стала очевидной, что прослеживается учеными на основе действующего зарубежного законодательства. Так, в Великобритании, Греции, Италии, Нидерландах, ФРГ, 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». Страны СНГ также не могли остаться в стороне и в 1991 году Казахстан, в 1992 году Россия и другие государства приняли законодательные акты о защите прав потребителей.

Причину вмешательства государства в частные правоотношения путем установления ограничений принципа свободы договора, исследователи правовых систем стран дальнего зарубежья видят в том, что при заключении и исполнении определенных видов договоров с массовым использованием исполнителями типовых, стандартизированных договорных условий стала всплывать проблема недобросовестных, или «злоупотребительных» условий договоров. В основном в связи с названной причиной в апреле 1993 года была одобрена Директива Совета Европейского Союза о недобросовестных условиях договоров с потребителями, которую страны – участницы ЕС должны были имплементировать в свое национальное законодательство не позднее 31 декабря 1994 года [3, 401].

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. Настойчивая борьба прогрессивных сил привела к принятию практически во всех западных странах ряда законодательных актов, направленных на предоставление потребителям дополнительных материально-правовых и процессуальных гарантий охраны их

интересов во взаимоотношениях с коммерсантами, а также к возложению на последних определенных обязанностей» [6, 262].

В частности, в Германии существует Закон о стандартных условиях договоров 1976 года, касающийся договоров присоединения и буквальный перевод данного договора с немецкого на русский язык означает «продиктованный договор». В англо-саксонской системе права такие договоры называют принудительными договорами и 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 [7, 17].

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

- среднестатистический потребитель, как правило, просто не знает общие (стандартные) условия договоров, разработанные торговыми палатами, штаб-квартирами компаний и корпораций и включенные в договор путем ссылки на эти общие условия. То есть в публичные договоры включаются отсылочные нормы, не приводимые в текстах самих договоров с потребителями, а потребители этих отсылочных норм, естественно, не знают;

- потребитель получает возможность ознакомиться с полным текстом договора, однако шрифт текста и его объем обычно не вызывают у потребителя желания внимательно его прочитать;

- зачастую потребитель, не будучи специалистом в области юриспруденции и в сфере продаж и услуг, не может понять смысла прочитанного текста;

- потребитель, даже осознавший смысл договора, обычно легкомысленно рассчитывает на то, что событие, с которым связано исключение или ограничение ответственности исполнителя, не наступит, или что исполнитель не прибегнет в этом случае к практическому применению оговорок в договоре;

- иногда потребитель оказывается не в состоянии внести изменения в договор по такой банальной причине, что сотрудник исполнителя не полномочен вносить изменения в договор [3, 401-402].

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.

Многие исследователи гражданского права зарубежных стран часто приводят в пример Закон ФРГ 1976 года о стандартных условиях договоров, нормы которого позволяют путем толкования определить, какие именно условия стандартных договоров должны быть признаны недействительными. Для этого закон использует оценочный термин «существенное ущемление прав потребителя», а также содержит требования к текстам стандартных условий: они должны быть легко читаемыми, понятными для обычного потребителя, не обладающего специальными познаниями [8, 31-34].

В трудах, посвященных комментированию французского гражданского законодательства, позитивно, по сравнению с германским, характеризуются нормы Гражданского кодекса Франции. Кроме Гражданского кодекса, во Франции сферу публичных договоров, заключаемых в форме присоединения, регулируют также Закон 1978 года о защите и информации потребителей продуктов и услуг, а также относительно новый Закон о защите прав потребителей 1993 года. 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 также МАП ежегодно публикует доклады о состоянии защиты прав потребителей.

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 [9, 65].

В Великобритании таковым нормативным актом называют Закон 1977 года 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 для защиты интересов потребителей 1985 года (ООН), Директивы Совета Европейского Союза о недобросовестных условиях договоров с потребителями 1993 года свидетельствует о стремлении развитых стран к унификации частного-правового законодательства. Примерами частного-правовой унификации являются также и Венская конвенция 1980 г. о международной купле-продаже товаров, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА и Принципы европейского договорного права. Унифицированные акты призваны отражать общие подходы, выявление которых происходит в результате сравнительно-правового исследования. В результате в унифицированных актах находит отражение сочетание подходов, взятых из разных правовых систем. Элементы различных правовых культур, объединенные в унифицированных актах, взаимно ограничивают друг друга, смягчая принципы, которые в национальных правовых системах действуют в более категоричной форме. Вместе с тем унифицированные акты, завоеывая постепенно всеобщее международное признание, сами начинают оказывать влияние на национальные правовые системы. В Европе витают идеи о возможном принятии Европейского гражданского кодекса [10].

В связи с этим в последнее время западноевропейские государства приступили к модернизации национального законодательства, связанной с пересмотром традиционных подходов в свете отраженных в унифицированных актах общих принципов. Об ориентации на них свидетельствует опыт немецкой реформы обязательственного права (вступила в силу с 1 января 2002 года) и реформа обязательственного права Франции, а также современные публикации в зарубежной правовой литературе.

Что касается Директивы Совета Европейского Союза о недобросовестных условиях договоров с потребителями, то, на наш взгляд, едва ли не лучший ее комментарий опубликован Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (автор – О.М. Зименкова) в 1994 году, то есть практически сразу после принятия Директивы [11, 5-12]. Основное понятие, которым оперирует Директива – это оценочный термин «недобросовестность» договорных условий.

Применение оценочных терминов, можно сказать, является особенностью правового регулирования в странах дальнего зарубежья. Так, Принципы международных торговых договоров ЮНИДРУА 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» [12, 117]. Закон Великобритании «О недобросовестных условиях договоров» 1977 года также неоднократно использует термин «разумность» для решения вопросов об освобождении стороны от ответственности, либо, наоборот, возложения ответственности на нее [12, 32].

**В законодательстве зарубежных государств для определения содержания договора в соответствии с принципом свободы договора применяются критерии «публичного порядка», «добрых нравов», «доброй совести», которые также являются оценочными категориями [12, 80-83].**

В целом стандартные условия публичных договоров в форме присоединения призваны способствовать экономичности процедуры заключения договоров, рассчитанных на массового потребителя. Об этом же говорят и другие ученые. Например, в развитых государствах в киосках можно купить готовые бланки различных видов договоров (жилищного найма, займа), 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 исполнителя 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 [9, 403].

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

Зарубежное законодательство оперирует также и термином «публичные услуги» (public service), под которым понимаются услуги, оказываемые и в публичных, и в частных секторах [13, 389]. Во Франции публичная служба понимается как деятельность, осуществляемая в интересах всего общества под эгидой государства, и оказание публичных услуг может быть передано частному оператору, например, в энергоснабжении, перевозке,



связи, образовании и т.д. Приватизация многих сфер в этом государстве началась только в последние десятилетия XX века. Все публичные услуги делятся во Франции на публичные службы государства, социальные и культурные службы и службы экономического характера. Из них вторая и третья относятся к предмету нашего исследования.

Находясь в центре Европы. Франция не могла остаться в стороне от общих процессов в Европейском Союзе. Так, в 1992 году Европейской комиссией была принята так называемая «зеленая книга» о почтовых услугах как *всеобщей* услуге; в 1993 году – решение о всеобщей либерализации телекоммуникационных услуг; в 1996 году – коммюнике об *услугах всеобщего характера* в Европе. Аналогом перечисленных названий услуг является «универсальная услуга», применяемая Европейским Союзом, исследования содержания которого показывает, что это минимальная (базовая) услуга в конкурентной среде, то есть в частных правоотношениях, а не в публичных [13, 386].

Тем самым Франция вынуждена признать «открытыми» не только для населения своего государства, но и для всей Европы таких договорных сфер, как оказание услуг по энергоснабжению, по оказанию услуг связи, перевозки и т.п., хотя до сих пор в некоторых из названных сфер она сохранила государственную монополию.

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 устанавливаются не соглашением сторон, а государством, независимо от формы собственности исполнителя услуг [13, 402].

Провозвестником появления в нашем законодательстве норм о принципах справедливости, разумности, добросовестности послужили идеи европейского права.

Говоря о понятии публичного договора, практически все исследователи России и Казахстана отмечают новизну данного правового института [14], поскольку понятие публичного договора впервые в качестве поименованного договора легально введено в Гражданский кодекс Республики Казахстан лишь 27 декабря 1994 года.

Аналогично и в Российской Федерации, и в других странах СНГ.

На самом деле институт публичного договора не является абсолютно новым, можно говорить лишь об его относительной новизне в гражданском праве стран СНГ, особенно Российской Федерации. Несмотря на отсутствие легального закрепления рассматриваемого термина, ограниченные свободы договора присутствовало и в прежних законодательных актах, но под другими наименованиями юридическими формулами, а нормативное закрепление прав потребителей в Казахстане и Российской Федерации, например, было произведено в 1991-1992 годах.

В российской юриспруденции первые научные исследования о свободе договора и об ее ограничении со стороны государства появились в конце XIX века [15] и связаны они были с законодательными реформами 1864 года. 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 [16, 179-180]. То есть наукой гражданского права учитывались процессы, происходящие в то время в зарубежном праве.

В советский период всю систему социалистического права пронизывали публичные начала, узаконивающие вмешательство государства в любые сферы жизни общества и его членов и обеспечивавшие преимущественную защиту публичных интересов государства. По мнению И.А. Покровского, поэтому социализм в области права исключает возможность существования частного права [16].

Ознакомление с названиями некоторых публикаций Агаркова М.М., Пашуканиса Е.Б., Бермана Я. периода 20-30-х годов XX века показывает, что даже в то время советские ученые говорили о необходимости сохранения частно-правовых методов регулирования в экономике, то есть о требованиях равноправия сторон, свободы договора и т.д.

Гражданский кодекс Казахской ССР 1964 года 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.). [17] Закон Казахской ССР от 5 июня 1991 года «О защите прав потребителей» (с изменениями от 25 июня 1992 года), принятый ранее Общей части Гражданского кодекса РК, также содержит нормы, являющиеся признаками публичного договора [18].

Гражданский кодекс Казахской ССР 1964 года не содержал норм о принципах гражданского права, а тем более не закреплял принцип свободы договора. Не было сведений об этом и в статьях, посвященных общим положениям о договоре.

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 под-

верженную регулированию со стороны государства

Тем самым история договорного права свидетельствует о поступательном развитии понятия публичного договора, принципа свободы договора и его ограничениях в доктрине и законодательстве зарубежных стран и Республики Казахстан. Своеобразным «толчком, двигателем» для активизации развития науки и законодательства в данном направлении служат периоды реформ в экономике и в целом в обществе. Такой период переживает и Республика Казахстан.

### Использованная литература

1. Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс. – М., 2002. - 212 с.
2. Иоффе О.С. Право частное и право публичное // Юрист, 2005. - №5.- С. 74-81.
3. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. Руководитель авторского коллектива д.ю.н. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2000. – 648 с.
4. Костикова С.Н. Публичный договор как институт гражданского права. Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М., 2007. - 30 с.
5. Иоффе О.С. Цивилистическая доктрина империализма // Иоффе О.С. Гражданское право. Избранные труды. - С. 150.
6. Кулагин М.И. Избранные труды. - М.: Статут, 1997. - 330 с.
7. Чернышев К. Новые понятия договорного права // Хозяйство и право. - 1995. - №11. - С. 17; Цвайгерт, Кётц тоже говорят об этом.
8. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. – М.: Изд. Университета дружбы народов, 1989. - 560 с.
9. Единообразный торговый кодекс США. – М., 1996. - С. 65.
10. Синявская М.С. Нарушение договорного обязательства и его правовые последствия: основные тенденции в свете сравнительно-правового анализа. Автореф. дис... канд. юрид. наук. - М., 2007. – 34 с.
11. Зименкова О.М. Законодательство ЕЭС о защите прав потребителей. Вып. 1. – М., 1994. - С. 5-12.
12. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. Пер. с немецкого. - М.: Международные отношения, 1998. В 2-х томах. Пер. с немецкого. - М.: Международные отношения, 1998. Т. 2. - 512 с.
13. Публичные услуги и право / Под ред. Ю.А. Тихомирова. – М., 2007. - 416 с.
14. Калашникова Г.А. Публичный договор. Автореф. дис... канд. юрид. наук. - Краснодар, 2002; Костикова С.Н. Публичный договор как институт гражданского права. Автореф. дис... канд. юрид. наук. - М., 2007. - 28 с. и другие.
15. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России // www.consultant+
16. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. - М.: Статут, 1998. - 353 с.
17. Гражданский кодекс Казахской ССР. – Алма-Ата: Казахстан, 1984. – 253 с.
18. Электронный правовой справочник «Законодательство», 2009.

\* \* \* \* \*

*Мақалада автор азаматтық құқық саласындағы келісім шарттың еркіндігі қағидасымен жария шарттарының даму жолдарын зерделеп, әртүрлі ғалымдардың осы тұрғыдағы көзқарастарын келтірген.*

*Автор в статье исследует пути развития принципа свободы договора и понятия публичного договора в сфере гражданского права, приводит мнения различных ученых на этот счет.*