

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части). – Алматы: ЮРИСТ, 2011.- 308 с.
2. Право и собственность в Республике Казахстан. под ред. Сулейменова М.К. – Алматы: Жеті Жарғы, 1998 г. -С.98.
3. Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. – М.: «Дело». 1992.
4. Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. Изд-во «ИГПРАН», М.: 1992. -С.89.
5. Закон Республики Казахстан «Об индивидуальном предпринимательстве» от 19 июня 1997. Ст. 15.
6. Алексеев С.С. Теория права. -М.: Изд-во «БЕК», 1993.- С.171.
7. Право и собственность в Республике Казахстан //под ред. Сулейменова М.К. Алматы: Жеті Жарғы, 1998 г.
8. Амирханова И.В. Предприятие, предпринимательское дело как объекты гражданских прав.// Вестник КазГУ.- №2. - 2000.
9. Романкова И.В. Проблемы правового регулирования предпринимательства граждан в Республике Казахстан. – Учебное пособие.-Алматы: Университет «Туран», 1996. с.94.
10. Гражданский Кодекс Республики Казахстан (общая часть) (п.3. ст. 66; п. 4. ст. 100); Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона «О хозяйственных товариществах» от 2 мая 1995 г. (п. 3, 4 ст. 18; п. 5. Ст. 31)
- 11.Амирханова И.В. Гражданско-правовое обеспечение интересов предпринимателей: диссертация на соискание степени д.ю.н. И.В. Амирханова: научный руководитель Ю.Г. Басин, А.Е. Бектурганов: КазНУ им.аль-Фараби.- Алматы: [б.и.], 2005г. 370с.
- 12.Еркинбаева Л.К. Аграрные правоотношения в РК:диссертация д.ю.н. защищена 19. 12. 08: научн. конс. Д.Л. Байдельдинов, Алматы,,2008.-354с.
- 13.Алиханова Г.А. Право на общее имущество по законодательству Республики Казахстан. Монография/ Г.А. Алиханова, – Алматы. 2010.-314 с.
- 14.Бегичев А.В. Наследование предприятия/ А.В. Бегичев.- Волтерс Клувер, 2006.- 128 с.

*Г.А. Худайбердина*

## **ДОГОВОР – РЕГУЛЯТОР ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ**

Договор является самым распространенным основанием возникновения отношений между участниками гражданского оборота. Именно на договоре строятся отношения купли-продажи, мены, дарения, ренты, подряда и т.п. Тенденция к повышению роли договора, характерная для всего современного гражданского права, стала проявляться в последние годы во все возрастающем объеме и в современном Казахстане. Эта тенденция в первую очередь связана с коренной перестройкой экономической системы страны. Ключевое значение для такой перестройки имело признание частной собственности и постепенное занятие ею командных высот в экономике, сужение до необходимых пределов государственного регулирования хозяйственной сферы, установление свободы выбора контрагентов.

В советский период договоры заключались во исполнение плановых актов. Воля контрагентов в таких договорах складывалась под прямым и косвенным влиянием исходящих указаний государственных органов. Тем самым договор утрачивал свой основной признак – признак свободного соглашения, достигнутого между двумя независимыми и равноправными субъектами. Иного и быть не могло, если учесть, что плановый акт предопределял в виде общего правила, какие именно организации, о чем, когда и в каком объеме должны были заключать договоры на передачу товаров, выполнение работ или оказание услуг [1].

Кроме того, в принимавшихся тогда нормативных правовых актах содержалась жесткая регламентация основных положений договоров поставки, подряда на капитальное строительство, перевозки грузов и других договоров между организациями, именовавшимися «хозяйственными договорами». В советский период, несмотря на многочисленные указания в партийно-правительственных документах о необходимости повышения его роли в экономике, совершенствования договорной работы, функции договора сводились, по существу, к конкретизации, детализации показателей, установленных в плановых актах.

Основанием заключения хозяйственных договоров в советский период служил плановый акт, адресованный контрагентам и обязательный хотя бы для одного из них [2].

В связи с перестройкой экономики существенно изменилась и роль договора в регулировании новых экономических отношений. Основное назначение договора сводится к регулированию в рамках закона поведения людей путем указания на пределы из возможного и должного поведения, а равно последствия нарушения соответствующих требований.

При переходе от административно-командной экономической системы к рыночной роль договора коренным образом изменилась. Расширяется сфера его применения, появляются многие новые виды договоров, во многих случаях договор является единственным регулятором отношений.

Договор стал основной правовой формой осуществления и организации экономических отношений между равноправными субъектами. Договор – это основной регулятор поведения контрагентов. Нормативные акты создают правовую базу той или иной хозяйственной деятельности. Договор же устанавливает конкретный правовой режим экономических связей между партнерами. Он определяет порядок и условия исполнения договорных обязательств, формы взаимодействия сторон, контроль за выполнением контрагентами обязательств, учитывая специфические особенности конкретных взаимоотношений сторон. Договор выполняет и функцию оценки результатов деятельности.

В наидревнейшем римском праве термины *contrahere*, *contractus* еще не обозначали один из источников возникновения обязательства, а лишь указывали на сами обязательственные узы, само обязательство, а если выразиться более точно, то в противоположность узам, возникающим из правонарушения, - на те узы, которые происходят из действия законного, из юридической сделки, которая также определяется здесь, как *contractus*. Так что термины эти имели чисто объективное значение, независимое от учета той роли, которую могла играть в возникновении обязательства воля субъектов. Позже в классической юриспруденции, и прежде всего на основании опыта, полученного из обязательственных сделок в рамках *ius gentium*, в которых обязательство возникает из взаимного согласия двух сторон, стало постепенно формироваться представление, в соответствии с которым во всякой двусторонней сделке делового оборота силой, создающей обязательство, является «соглашение», достигнутое между сторонами [3].

Таким образом, в римском праве слова *contrahere*, *contractus* в результате эволюции обязательственного права получили более тесное, специализированное значение договора как обязательства, возникающего в силу соглашения сторон, и пользующегося исковой защитой.

Ядром всякого договора является соглашение сторон. Очень метко, по этому поводу высказывался римский юрист 1 в. н.э. Педий, который указывал, что нет никакого договора, который не содержал бы в себе соглашения [4]. Соглашение сторон отражает волю сторон, заключивших договор, поэтому такое соглашение является первоосновой и силой договора. Именно от направленности воли сторон в зависимости от их желания наступают те или иные юридические последствия договора. Говоря о силе договора, необходимо отметить, что в римском праве первоначально сила договора покоилась на его торжественной обрядности и на особой формальности. Лишь к концу республики в Риме воспринимается мысль, сформированная греческой культурой, основное содержание которой заключается в старинном греческом правиле, гласившем: как один с другим договорился, так оно и должно иметь силу [5].

В римском праве представление о договоре как об основании возникновения, изменения или прекращения правоотношений включало в себя два основных признака: 1) наличие соглашения; 2) особое основание соглашения в виде определенной цели. Цель договора служит его материальной основой и определяет юридический характер договора. Целью договора может быть осуществление передачи товара, выполнение работ или оказание услуг. Без цели трудно представить волю лица вступить в обязательство. Соглашение сторон является отправным моментом в определении договора. Такой подход воспринят как действующим законодательством РК, так и законодательствами зарубежных стран. Так, например, согласно ст. 378 ГК РК договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Во французском ГК договором признается соглашение, посредством которого одно лицо или несколько лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими другими лицами дать что-то, сделать что-то или не делать чего-либо (ст. 1101 ФГК). Подобное определение договора как соглашения, направленного на установление, прекращение или изменение прав и обязанностей, присуще всем странам континентальной системы права, например, Германии (& 305 ГГУ), Голландии (ст. 213 Книги 6 ГК Нидерландов) и другим. В праве Англии в законодательстве отсутствует легальное определение договора как правовой категории. Все институты договорного права Англии развивались, главным образом, судебной практикой. В настоящее время договором считается обещание или ряд обещаний, за нарушение которых право устанавливает санкцию, что свидетельствует о наличии у кредитора права на иск, то есть в основе договора лежит добровольно данное обещание принять на себя юридическую обязанность [6].

В научной литературе неоднократно отмечалась многозначность термина «договор». Такая многозначность берет свое начало в существовавшем в римском праве взгляде на договоры, позволявшем рассматривать их с трех точек зрения: 1) как юридический факт – основание возникновения правоотношения; 2) как само правоотношение; 3) как форму, которую принимает соответствующее правоотношение. Позже такой подход позволил многим авторам развить представление о договоре как о явлении многоплановом. Известный ученый-цивилист О.С. Иоффе

указывал, что иногда под договором понимается само обязательство, возникшее из соглашения, а иногда этот термин обозначает документ, фиксирующий акт возникновения обязательства по воле всех его участников [7].

Б.В. Покровский отмечал, что договор в гражданском праве и гражданском законодательстве понимается в качестве 1) юридического факта; 2) в качестве правоотношения. Договор как юридический факт и как правоотношение, представляют собой стороны, самостоятельные аспекты, стадии в развитии договора [8].

Подобная точка зрения встречается и в других работах как казахстанских [9], так и российских авторов [10].

Критика такого подхода к рассмотрению понятия договора, заключающаяся в том, что подобное различие одного и того же термина не может не привести к различным недоразумениям и затруднениям теоретического и практического характера, изложенная в юридической литературе [11], не смогла повлиять на использование в законодательстве понятия договора и в качестве юридического факта и в качестве обязательственного правоотношения. Например, в ГК РК в общей части понятие договора используется в качестве юридического факта (ст.ст. 378, 379, 393 и другие), в особенной части понятие договора используется при характеристике того или иного договорного обязательства (ст.ст. 406, 445, 501, 517 и другие). Договор как юридический факт представляет собой вид сделки и является наиболее распространенным основанием возникновения прав и обязанностей. Очевидно, поэтому Р.О. Халфина, рассматривая значение и сущность договора в гражданском праве, считала необходимым включить в понятие договора помимо согласования воли двух или нескольких лиц, взаимные гражданские права и обязанности. При этом, принимаемые каждой стороной права и обязанности, являются различными, но должны быть взаимно согласованы, чтобы в своей совокупности дать единый правовой результат [11].

Договор как юридический факт является сделкой, то есть действием граждан и юридических лиц, направленным на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 147 ГК РК). От других сделок договор отличается тем, что представляет собой двух- или многостороннюю сделку, то есть для его совершения необходимо проявление воли как минимум двух субъектов. «Сделка – это родовое понятие, а договор – видовое. Всякий договор – сделка, но не всякая сделка – договор. В обиходной и даже официальной практике договор обозначается и другими терминами: контракт, соглашение сторон. Но все это - договоры» [12].

Как было уже отмечено, соглашение в договоре играет ключевую роль, так как оно является основанием для возникновения, изменения или прекращения правоотношения. Для понятия этой дефиниции гражданское право проводит двухчленное деление сделок на односторонние либо двух (много)сторонние, то есть договоры. А значит, сделка, совершенная путем соглашения, является договором или двух (много)сторонней сделкой. Решающим и определяющим моментом соглашения является совпадение свободной воли сторон. Этот признак необходим независимо от количества сторон. Итак, к основным характеристикам договора можно отнести, во-первых, то, что договор выражает волю сторон. Во-вторых, договор непосредственно рассчитан на регулирование поведения только его сторон

Договор как правоотношение определяет направленность сделки на возникновение взаимных (встречных) прав и обязанностей. Если подобный признак отсутствует, то и нет основания для приравнивания соглашения к договору. Из договора, в соответствии с п. 1 ст. 379 ГК РК, может возникнуть обязательственное, вещное, авторское или иное правоотношение. На уникальность данной статьи обращалось внимание в юридической литературе. В частности, М.К. Сулейменов отмечал, что сложным является вопрос о вещных правоотношениях, вытекающих из договора. С передачей права собственности дело обстоит просто: вещь передана, обязательственное правоотношение прекратилось. Сложнее обстоит дело с другими вещными правами: право землепользования, залог, аренда, сервитут, доверительное управление и прочее. Если в договоре купли-продажи после передачи вещи обязательственное отношение прекращается и возникает вещное право собственности, то при залоге, временном землепользовании, аренде обязательственное отношение залога или аренды сохраняется, но одновременно возникает вещное право залога или аренды. Таким образом, из договора аренды возникает обязательственное отношение аренды и (после передачи вещи) вещное право аренды на вещь [13].

Одним из важных вопросов гражданского права является проблема разграничения вещных и обязательственных прав. Вещное право представляет собой юридически обеспеченную возможность субъектов права осуществлять господство, власть над принадлежащими им вещами в той мере, в какой оно не ограничено законом и правами третьих лиц. Обязательственное право, или обязательство, представляет собой правоотношение, в силу которого одно лицо (кредитор) вправе

требовать, а другое лицо (должник) обязано исполнить определенное действие или воздержаться от определенного действия.

При разграничении вещных и обязательственных прав авторы, как правило, отмечают следующие моменты. Вещное право является абсолютным субъективным гражданским правом, обязательственное – относительным субъективным гражданским правом. Суть противопоставления заключается в отношении управомоченного и обязанного лиц, которые выступают участниками опосредуемых данными субъективными правами правоотношений: обладателю вещного права противостоит обязанность всех других членов общества не вторгаться во взаимоотношение лица и вещи; обладателю обязательственного права – обязанность конкретного лица. В этом плане абсолютный характер вещных прав заключается в том, что управомоченное лицо может противопоставить вещное право любому другому лицу [14]. Из этого признака вытекает признак абсолютного характера защиты вещных прав с помощью специальных вещно-правовых исков, что не свойственно защите обязательственного права.

Вместе с тем в юридической литературе отмечается, что неверно отождествлять вещные права с абсолютными, а обязательственные – с относительными, так как возможны абсолютные неимущественные права (право интеллектуальной собственности). Возможны также вещные относительные права возникающие из виндикационного иска, права сособственников в праве общей собственности, отношения между собственником и субъектом права хозяйственного ведения и оперативного управления и т.п. Из этого следует, что относительные гражданские правоотношения не могут отождествляться с обязательствами [15].

Таким образом, проведение разграничения вещных и обязательственных прав по признаку их принадлежности к абсолютным или относительным правоотношениям является спорным, поэтому необходимо выделить более веские признаки разграничения данных прав.

В юридической литературе выделяется тот или иной набор признаков вещных прав, по которым они отличаются от прав обязательственных. Например, одни авторы выделяют девять таких признаков: 1) имущественное право; 2) объектом является индивидуально-определенная вещь; 3) абсолютное право; 4) обладает специфическими средствами защиты от всех и каждого с помощью особых, вещно-правовых исков; 5) должно быть установлено законом; 6) характеризуется наличием правомочий владения и/или пользования и/или распоряжения; 7) наличие права следования; 8) наличие права преимущества; 9) возможность непосредственного воздействия на вещь (непосредственного господства над вещью), в том числе путем ограничения собственника или субъекта другого вещного права [16]. Другие авторы выделяют восемь отличительных признаков вещных прав: 1) вещное право является абсолютным субъективным гражданским правом; 2) объектом вещного права является индивидуально-определенная вещь; 3) власть обладателя вещного права может быть ограничена только законом и указанными в нем правами других лиц; 4) для вещных прав характерно их следование за объектом принадлежности; 5) для вещных прав характерна исключительность; 6) вещное право обладает преимуществом по отношению к другим субъективным правам на вещь; 7) вещное право это есть власть, господство лица над вещами; 8) относительная длительность, устойчивость вещного права во времени [17]. В других источниках предлагаются иные варианты набора признаков вещных прав, но наиболее существенными являются такие признаки, как абсолютный характер защиты, фактическое господство над вещью, объектом выступает индивидуально-определенная вещь [18].

На наш взгляд, наиболее существенным моментом, играющим важную роль в процессе разграничения вещных и обязательственных прав, является различие объекта данных правоотношений. Ввиду спорности вопроса об объекте правоотношения, мы сразу оговоримся, что в своей работе под объектом правоотношения мы будем понимать общественное поведение его участников [19]. Поэтому объектом обязательственного правоотношения будет являться поведение обязанного лица по совершению того или иного действия (либо воздержание от действия), которого вправе требовать от него кредитор, а объектом вещного правоотношения будет выступать общественная связь между субъектом вещного права (например, собственником вещи) и той индивидуально-определенной вещью, которая ему принадлежит.

Таким образом, разграничение вещных и обязательственных прав имеет важное теоретическое и практическое значение. В связи с чем неверной будет являться позиция отдельных авторов, утверждающих о существовании вещно-обязательственных правоотношений [20]. Мы присоединяемся к мнению М.К. Сулейменова, считающего, что принципиально недопустимо смешивать различные по своей правовой природе правоотношения. Надо четко разграничивать два правоотношения, возникающих в связи с залогом или арендой: одно внутреннее – обязательственное, - между арендодателем и арендатором, второе внешнее – вещное – между арендатором и всеми

третьими лицами, которые обязаны не вмешиваться в осуществление арендатором своего вещного права на вещь, взятую им в аренду. Оба правоотношения возникают из договора. Из этой конструкции возникает теория вещного обременения, разработанная совместно с Ю.Г. Басиным [21].

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения, М., 1998, С.6.
2. Иоффе О.С. План и договор в социалистическом хозяйстве. -М., 1971, С.73.
3. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник, /под ред. Д.В. Дождева, - М., 2000.- С.239.
4. Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского, -М., 1999, -С. 295.
5. Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник. -М., 1993, С.255-256.
6. Иоффе О.С. Обязательственное право. -М., 1975. -С.26.
7. Покровский Б.В. Договор как правоотношение // Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Сб. материалов межд. конф.Т.1, Алматы. 2000. -С. 37.
8. Договор в народном хозяйстве, Алма-Ата. 1987. - С. 13.
9. Гражданское право.Ч.1, под ред. А.П.Сергеева, Ю.К. Толстого, - Спб., 1996. -С. 428.
10. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. -М. 1950. - С.117.
11. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве, -М. 1952. -С.50.
12. Басин Ю.Г. Сделки. / учебное пособие, Алматы. 1996.- С.6-7.
13. Сулейменов М.К. Договор в гражданском праве Республики Казахстан: проблемы теории и практики // Договора в гражданском праве: проблемы теории и практики. Материалы межд. научно-теор. конф., - С.8-12.
14. Скрябин С.В. К вопросу о разграничении вещных и обязательственных прав // Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан. Сб. материалов межд. научно-практич. конф., - С.47.
15. Сулейменов М.К. Вещные и обязательственные права в Казахстане: содержание и соотношение понятий // // Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан. Сб. материалов межд. научно-практич. конф., С.5.
16. Вещные права в Республике Казахстан, Алматы. 1999. - С.21-22.
17. Скрябин С.В. К вопросу о разграничении вещных и обязательственных прав // Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан. Сб. материалов межд. научно-практич. конф.,- С.47-50.
18. Гражданское право, под ред А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого, -М. 1997. - С.
19. См. подробнее об объекте правоотношения Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву, М., 1940; Покровский Б.В. Избранные труды, Алматы. 2003. Басин Ю.Г. К вопросу о понятии объекта гражданского права как элемента гражданского правоотношения // Гражданское законодательство, вып. 18.- Алматы, 2003 и др.
20. Брагинский М.А., Витрянский В.И. Договорное право: общие положения. - М., 1998.
21. Сулейменов М.К. Договор в гражданском праве Республики Казахстан: проблемы теории и практики // Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Материалы межд. научно-теор. конф. - С.8-12.

\*\*\*

Атаулы мақала шарттың түсінігін, оның негізгі белгілерін анықтау мәселелеріне арналған, сондай-ақ, автор шарттан туындайтын міндеттемелік құқықтар мен заттық құқықтарды ажыратып көрсетіп отыр.

\*\*\*

This article focuses on the problems of determining the contract of its main features, as well as the author distinguishes and proprietary rights of obligations under the treaty.

**Ж.Ж. Сеитова**

## УСЛУГИ КАК ОБЪЕКТ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО ОКАЗАНИЮ УСЛУГ

Современный период развития рыночных отношений обусловлен стремительным расширением сферы услуг, являющееся одним из самых значительных явлений экономической жизни второй половины XX века.

На национальном уровне услуги уже давно вытесняют промышленное производство в качестве главного источника благ, что подтверждается ростом доли услуг во внутреннем валовом продукте Казахстана. Обзор экономики за март 2010 года, проведенный Национальным Банком РК показал, что по отношению к 2008 году в структуре ВВП доля производства товаров снизилась до 44,1%, а услуг - возросла, составив 54,7% [1]. Вместе с тем, несмотря на практическую значимость, в законодательстве отсутствует легальное определение понятия «услуги». Это не позволяет выработать единообразного понимания этой правовой категории в теории гражданского права и единообразного применения соответствующих норм законодательства в правоприменительной практике. В таких условиях является весьма актуальным научное исследование сущности услуги и выявление таких ее свойств, которые бы отграничили этот объект гражданских прав от других схожих объектов, и, прежде всего, от работ, также являющихся разновидностью действий.

ГК РК предусматривает довольно много договоров, опосредующих более десятка разновидностей услуг, в частности, договоры поручения, комиссии и др., а также выделяет главу 33 «Возмездное оказание услуг», регулиющую оказание других видов услуг. Анализ ст. 683 ГК РК позволяет придти к выводу о том, что понятие «услуга» равнозначно «совершению определенных действий или