



**Артем Георгиевич Карапетов**

профессор Российской школы частного права  
при Правительстве РФ, доктор юридических наук



**Александр Иванович Савельев**

юрист компании *IBM* Россия,  
кандидат юридических наук

Авторы предлагают методику квалификации договора в качестве непоименованного и определяют, какими нормами регулируются такие договоры. Особое внимание уделено вопросам применения к непоименованным договорам специальных норм о поименованных договорах по аналогии закона, а также последствиям заключения непоименованных договоров для целей обхода закона.

*Ключевые слова: свобода договора, непоименованный договор, квалифицирующие нормы, аналогия закона, обход закона*

## **Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы**

### **Введение**

Проблематика, связанная с институтом непоименованного договора, в современном российском гражданском праве недостаточно хорошо изучена. Многие вопросы в отношении критериев выделения непоименованных договоров, определения применимых к ним императивных и диспозитивных норм, а также пределов свобо-

ды заключения непоименованных договоров до сих либо вовсе не исследовались, либо не имеют однозначного решения на уровне доктрины и судебной практики.

В этих условиях часто формально провозглашенное в ст. 421 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) право заключать любые непоименованные договоры реализуется на практике не без проблем. Однако динамика современного оборота как во всем мире, так и в России постоянно опережает законодательное регулирование поименованных договорных моделей. Выявляются все новые и новые нетипичные договорные конструкции, которые в конечном счете становятся предметом судебных разбирательств. Эти обстоятельства делают научный анализ доктрины непоименованного договора крайне актуальным.

Авторы настоящей статьи поставили задачу проанализировать ключевые теоретические вопросы названной доктрины и реалии российской судебной практики и на этой основе предложить наиболее адекватные с доктринальной и политико-правовой точки зрения решения. Анализ некоторых важных проблем из-за ограниченных размеров статьи максимально усечен (например, история развития доктрины непоименованных договоров в континентально-европейском и англо-американском праве) или вовсе опущен (например, соотношение категорий непоименованного и смешанного договоров)<sup>1</sup>.

## § 1. Некоторые исторические замечания

К сожалению, рамки настоящей статьи не позволяют углубиться в весьма интересную историю признания свободы заключать непоименованные договоры. Как известно, право заключать любой непоименованный консенсуальный договор в римском праве в полной мере не признавалось. Стороны в своем желании заключить консенсуальный договор, порождающий обязательства самим фактом соединения их воле, были ограничены перечнем признанных в праве моделей консенсуальных договоров. В римском праве непоименованные консенсуальные договоры считались «голыми пактами» и не имели судебной защиты.

Постепенный отход от такой жесткости наметился еще в имперский период Рима: стороне, исполнившей обязательство по такому договору, даровалось право на иск. В итоге долгая эволюция римского права от конца Античности до начала Нового времени и мучительные попытки постглоссаторов, идеологов канонического права и сторонников естественного права решить эту проблему увенчались утверждением принципа *pacta sunt servanda*. Стороны получили право заключать любые непоименованные договоры (*contractus innominati*), порождающие обязательства сторон самим фактом их согласия, если договор соответствовал некоторым минимальным содержательным требованиям (например, доктрина каузы

<sup>1</sup> О некоторых вопросах, связанных с соотношением смешанного и непоименованного договора см.: Савельев А.И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2011. № 8. С. 6–39. Подробный анализ всех этих проблем читатель найдет в готовящейся к выходу в 2012 г. совместной книге А.Г. Карапетова и А.И. Савельева «Свобода договора и ее пределы».

сделки во французском праве, недопустимость нарушения публичного порядка, добрых нравов и т. п.) и формальным требованиям (например, предъявляемым к порядку выражения волеизъявления). Этот принцип укоренился к началу Нового времени почти во всех континентально-европейских странах<sup>2</sup>.

Тем не менее к началу XIX в. память о проблемах с признанием непоименованных договоров была еще сильна. Поэтому авторы Французского гражданского кодекса 1804 г. (далее — ФГК) посчитали нужным прямо указать на наличие такого права. В ст. 1134 ФГК закреплена цитата из Фомы Аквинского<sup>3</sup>, впоследствии поддержанная знаменитым французским правоведом XVII в. Жаном Дома<sup>4</sup>: «...соглашения, заключенные надлежащим образом, имеют силу закона для тех, кто их заключил»<sup>5</sup>. А в ст. 1107 ФГК было прямо указано на юридическую силу «безымянных» договоров и их подчинение общим правилам об обязательствах и договорах. Столь существенное для античного права различие между поименованными и непоименованными договорами было устранено: любой договор, имеющий законную и не противоречащую добрым нравам и публичному порядку каузу, получал судебную защиту<sup>6</sup>.

К моменту подготовки в конце XIX в. Германского гражданского уложения (далее — ГГУ) вопрос о праве сторон заключать непоименованный в позитивном праве договор был уже настолько бесспорен, что, в отличие от французских коллег, авторы немецкой кодификации посчитали лишним это прямо фиксировать в ГГУ, ограничившись указанием на такое право в подготовительных материалах<sup>7</sup>. Такие договоры в германском праве признаются и регулируются, как и в большинстве стран, общими положениями о договорах и обязательствах.

В дореволюционной доктрине российского гражданского права, как правило, не ставилась под сомнение возможность заключения договоров, прямо не указанных в Своде законов Российской империи или иных законодательных актах, но не про-

<sup>2</sup> *История постепенного признания правом непоименованных договоров описана в зарубежной и российской литературе (см.: Францози Дж. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 363–378; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 126; Дождев Д.В. Римское частное право: учеб. М., 2005. С. 536–538, 595; Гредингер М. Опыт исследования безымянных договоров. Рига, 1893. С. 22–23; Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. М., 1956. С. 188–189; Он же. Основы римского гражданского права. М., 2000. С. 204; Zimmerman R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 511ff; Watson A. The Spirit of Roman Law. 1995. P. 169; Gordley J., Mehren A., von. An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. 2006. P. 413; Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 13, 30–32, 41; Hogg M. Promises and Contract Law: Comparative Perspectives. 2011. P. 111–117; Radin M. Fundamental Concepts of the Roman Law // California Law Review. 1924. № 12. P. 494; Grotius H. On the Law of War and Peace. 2004. P. 108ff; Pufendorf S. Of the Law of Nature and Nations. Book III. 1729. P. 253ff; Book V. P. 471ff; Domat J. The Civil Law in Its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 162–163 (текст доступен на сайте www.archive.org); Pothier R.J. A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806. P. 4, 8, 24; Jeremy A. Pacta Sunt Servanda: The Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations // Law and Justice — Christian Law Review. Vol. 144. 2000. P. 4, 7).*

<sup>3</sup> *Aquinas T. Summa Theologica. II-II. Q. 88. Art. 3, 10 (текст доступен на сайте www.gutenberg.org).*

<sup>4</sup> *Domat J. Op. cit. P. 162, 165, 167.*

<sup>5</sup> *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с фр. В. Захватаев. Киев, 2006. С. 385.*

<sup>6</sup> *Годемэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 34.*

<sup>7</sup> *Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 127.*

тиворечащих императивным нормам при условии законности преследуемой ими цели. Так, Д.И. Мейер, анализируя дореволюционное гражданское законодательство России, писал, что оно допускает любые договоры, не противоречащие закону, и потому в практике встречается множество не определенных им договоров<sup>8</sup>. К таким же по сути выводам приходили М. Гредингер<sup>9</sup>, К. Анненков<sup>10</sup> и другие юристы.

Свод законов Российской империи в ст. 569 и 570, хотя прямо и не упоминал о непоименованных договорах, достаточно ясно указывал на то, что «всякий договор», если он правильно составлен, налагает обязанность его исполнять и дает право на иск.

Судебная практика Правительствующего сената также в основном разделяла позицию о допустимости существования непоименованных договоров. В решениях Сената отмечалось, что закон указанием в нем определенных типов договоров не исчерпывает тем самым всех видов возможных соглашений, а также не предписывает, что договоры, не подпадающие под такие типы, должны признаваться недействительными<sup>11</sup>. Изредка в сенатской практике встречались обратные решения, но они подвергались критике в научной литературе и не формировали доминирующую тенденцию<sup>12</sup>.

Вряд ли в дореволюционной практике стороны непоименованных договоров чувствовали себя абсолютно комфортно. Например, Д.И. Мейер отмечал, что нередко на практике суды употребляли все усилия, чтобы какими-нибудь натяжками подвести «безымянный» договор к тому или иному виду договора, указанному законодательством, и, как следствие, применить к нему положения, «чуждые его существенному характеру»<sup>13</sup>. Но как минимум на официальном уровне право сторон заключить непоименованный договор не ставилось под сомнение и судами, как правило, открыто не отвергалось.

В связи с этим не удивительно, что ст. 1570 проекта Гражданского уложения Российской империи прямо закрепляла свободу выбора сторонами типа договора, в том числе и возможность заключать непоименованные договоры с распространением на них общих положений об обязательствах. Это положение закрепило сложившийся в доктрине и судебной практике подход «во избежание всяких сомнений»<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Мейер Д.И. *Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 2.* М., 1997. С. 158.

<sup>9</sup> Гредингер М. *Указ. соч.* С. 111, 113.

<sup>10</sup> См.: Анненков К. *Система русского гражданского права. Т. IV: Отдельные обязательства.* СПб., 1904. С. 395.

<sup>11</sup> См. там же.

<sup>12</sup> См.: Брагинский М.И. *Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах.* М., 2007. С. 38; *Обязательства по договорам: опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. I: Общая часть / Исаченко В.Л., Исаченко В.В.* СПб., 1914. С. 52.

<sup>13</sup> Мейер Д.И. *Русское гражданское право.* М., 2003. С. 500.

<sup>14</sup> *Гражданское уложение: проект / под ред. И.М. Тютрюмова.* Т. II. СПб., 1910. С. 177.

Первым по счету кодификационным актом Советского государства был ГК РСФСР 1922 г. Вполне понятно, что о свободе договора в нем не говорилось ни слова. Напротив, как отмечается, своеобразие этого Кодекса состояло в том, что в нем не был закреплен принцип дозволенности заключать любой договор<sup>15</sup>. Народный комиссариат юстиции в циркуляре от 03.03.1922 разъяснил, что практика регистрации нотариатом договоров, содержание которых составляют отношения, неизвестные действующему праву, является неправомерной<sup>16</sup>. Постановление Пленума Верховного суда РСФСР от 07.02.1927 (протокол № 1) указывало в качестве одного из оснований применения ст. 30 ГК РСФСР 1922 г., посвященной недействительности незаконных сделок, ситуацию, когда хозорган заключил с частным лицом договор, не предусмотренный ни ГК РСФСР, ни специальными законами<sup>17</sup>.

В то время как во всех рыночных странах свобода заключения непоименованных договоров давно превратилась в банальную истину, для советских цивилистов середины XX в. этот вопрос вновь приобрел спорный характер. Например, В.А. Рясенцев ставил это право применительно к сделкам советских предприятий под сомнение, указывая, что «недопустимость заключения не предусмотренных законом договоров» обусловлена необходимостью избежать нарушения правоспособности предприятий<sup>18</sup>. Тем не менее, к чести советских цивилистов, большинство из них (в частности, И.Б. Новицкий, А.М. Винавер, М.М. Агарков, О.С. Иоффе, Р.О. Халфина, О.А. Красавчиков и др.) исходили из обратной идеи и допускали заключение непоименованных договоров<sup>19</sup>.

Судебная практика по этому вопросу была долгое время неустойчивой. Некоторые виды непоименованных договоров суды постепенно признавали (например, хранение и ссуда), но встречались случаи признания непоименованных договоров незаконными сделками<sup>20</sup>. Такой подход был неудивителен в свете бытовавшего в то время воззрения, что договорные отношения между государственными предприятиями будут вытесняться по мере дальнейшего расширения и укрепления планового начала<sup>21</sup>.

Тем не менее, видимо, под влиянием доминирующих в доктрине взглядов в ГК РСФСР 1964 г. на законодательном уровне было закреплено, что гражданские права и обязанности возникают из сделок, предусмотренных законом, а также из сделок хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему (ст. 4). Именно в период действия этого Кодекса положительно решился вопрос о правовой защите многих неизвестных ГК РСФСР и другим правовым актам видов договоров<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> См.: Новицкая Т.Е. *Гражданский кодекс РСФСР 1922 года*. М., 2002. С. 91.

<sup>16</sup> См.: *Еженедельник советской юстиции*. 1922. № 12. С. 15.

<sup>17</sup> См.: *Сборник разъяснений Верховного суда РСФСР*. 2-е изд. М., 1931. С. 65.

<sup>18</sup> Рясенцев В.А. *Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность*. 1950. № 8.

<sup>19</sup> *Обзор советской литературы по этому вопросу см.: Брагинский М.И. Указ. соч. С. 44–45.*

<sup>20</sup> *Обзор подобной судебной практики по этому вопросу см.: Брагинский М.И. Указ. соч. С. 45–46.*

<sup>21</sup> См.: Братусь С.Н. *Эволюция функций хозяйственного договора // Гражданское право и экономика*. М., 1985. С. 65.

<sup>22</sup> См. об этом: Брагинский М.И. *Указ. соч. С. 46.*

Однако период после 1964 г. никак нельзя относить к периодам торжествующей свободы заключения непоименованных договоров. На практике в условиях плановой экономики эта свобода в полной мере могла быть реализована лишь во взаимоотношениях между гражданами. В хозяйственной же сфере советские предприятия были в значительной степени ограничены в выборе новых и не предписанных государством договорных форм самой структурой плановой экономики.

## § 2. Общая характеристика института непоименованного договора в современном российском праве

Правовой основой для заключения непоименованных договоров и их судебной защиты в настоящее время является положение п. 2 ст. 421 ГК РФ, согласно которому стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом и иными правовыми актами.

Казалось бы, при наличии этого положения значительных рисков в связи с заключением непоименованного договора у сторон возникать не должно, особенно принимая во внимание конституционный статус принципа свободы договора и широко декларируемый в доктрине, а иногда и в судебной практике<sup>23</sup> базовый принцип гражданского права, в соответствии с которым разрешено все, что не запрещено. Такие непоименованные договоры должны регулироваться общими диспозитивными и императивными нормами договорного права, не подпадая под специальные императивные ограничения, установленные в отношении отдельных видов поименованных договоров. Но реальность оказалась значительно сложнее.

Для понимания существа термина «непоименованный договор»<sup>24</sup> необходимо вначале определиться с тем, что же следует понимать в контексте российского гражданского права под поименованным договором.

Думается, что далеко не всякое упоминание в тексте закона какого-то вида договоров означает, что соответствующий договор в контексте п. 2 ст. 421 ГК РФ должен признаваться «предусмотренным законом» (т. е. поименованным)<sup>25</sup>. Хотя само указание в данной норме на «предусмотренность» («поименованность») договора в законе при

<sup>23</sup> См. определение Президиума Верховного Суда РФ от 14.07.2004 № 8пв04.

<sup>24</sup> В доктрине используются различные термины: «нетипичный договор» или «аномальный договор» (Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душанбе, 1984. С. 4–19); «договор необычного содержания» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 128); «непоименованный договор» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М., 1997. С. 404). Последний термин представляется с исторической, компаративной и семантической точек зрения наиболее удачным. Он и будет использоваться нами в дальнейшем.

<sup>25</sup> См., например, п. 1 ст. 247 ГК РФ (владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляются по соглашению всех его участников) или ст. 152.1 ГК РФ (обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина (в том числе его фотографии) допускается только с согласия этого гражданина). В соответствии с нашим подходом договор, в рамках которого предоставлено такое согласие, будет являться непоименованным, так как помимо данного упоминания российское законодательство не содержит специального и сколько-нибудь содержательного регулирования таких соглашений. См. постановление Федерального арбитражного суда (далее — ФАС) Северо-Кавказского округа от 13.03.2008 № Ф08-1048/08 по делу № А53-16736/2006-С2-8.

буквальном прочтении указывает на обратное, представляется, что поименованность договора должна предполагать нечто большее, нежели просто его упоминание в тексте закона. На это нас наталкивают чисто функциональные соображения. Смысл квалификации договора в качестве поименованного заключается в том, чтобы применить определенные правовые нормы, относящиеся к нему. Если таковых норм нет, то вряд ли имеет смысл говорить о поименованности такого договора. Иными словами, закон должен предусматривать какое-либо позитивное регулирование договоров, например в части требований к форме, существенным условиям, правам и обязанностям сторон и т. д. Соответственно, *непоименованным может считаться договор, в отношении которого не предусмотрено в законодательстве никакого позитивного регулирования, хотя бы он и упоминался в каком-либо законе или ином нормативном правовом акте*. Причем, судя по всему, регулирование должно носить гражданско-правовой характер, т. е. обладать признаками, указанными в ст. 2 ГК РФ. Наличие специального регулирования иного характера (например, налогового) само по себе вряд ли может быть основанием для признания договора поименованным<sup>26</sup>. В принципе, нет большой проблемы и в том, чтобы называть договоры, которые лишь упомянуты в законе или затронуты нормами публичного законодательства, поименованными. Это вопрос не принципиальный и чисто терминологический. Главное понимать, что в отсутствие каких-либо специальных гражданско-правовых норм такие договоры будут, так же как и те договоры, которые не упоминаются в законах в принципе, регулироваться лишь общими положениями о договорах и обязательствах. Далее мы под непоименованными договорами будем понимать договоры, в отношении которых в законодательстве нет содержательного регулирования.

Другой предварительный догматический вопрос состоит в определении тех источников права, которые могут поименовать тот или иной договорный тип. Из п. 2 ст. 421 ГК РФ вытекает, что под таким правовым регулированием следует понимать только «законы или иные правовые акты». Соответственно, из буквального прочтения данной нормы вытекает, что непоименованным необходимо, видимо, считать только тот договор, в отношении которого отсутствует содержательное законодательное регулирование или регулирование на уровне иных «официальных» источников позитивного права.

Но как быть с нормами судебного правотворчества? Если исключать нормы, вырабатываемые судами в рамках судебного правотворчества в отношении тех или иных договоров, квалифицированных как непоименованные, то удастся сохранить основания для существования самой конструкции непоименованного договора. Если же мы попытаемся под непоименованным договором понимать только такой договор, в отношении которого нет ни одной содержательной нормы ни в официальных источниках права, ни в актах судебного правотворчества (в том числе правотворческих де-факто актах высших судов), то сразу же после вынесения хотя бы единичного акта судебного правотворчества в отношении такого договора (например, решения того или иного вопроса о распределении прав и обязанностей по такому договору) последний утратит основания считаться непоименованным. С учетом призрачности границы, которая лежит между актом обычного судебного правоприменения и актом судебного правотворчества, такое решение придало бы вопросу о квалификации договора в качестве непоименованного значительную

<sup>26</sup> Например, Налоговый кодекс РФ предусматривает специальные налоговые последствия договоров предоставления персонала (подп. 4 п. 1 ст. 148, подп. 19 п. 1 ст. 264, п. 7 ст. 306), которые пока не получили специальной регламентации на уровне гражданского законодательства.

неопределенность. Видимо, в этом вопросе разумно придерживаться буквального толкования закона и признавать непоименованным и договор, в отношении которого хотя и нет правовых норм на уровне официальных источников права (законов и иных правовых актов), но могут иметься те или иные прецедентные решения или фактически правотворческие разъяснения высших судов<sup>27</sup>.

### § 3. Квалификация договора в качестве непоименованного

#### Общее описание методики квалификации договора в качестве непоименованного

Как же суд может определить, относится конкретный заключенный сторонами договор к категории непоименованных договоров или представляет собой реализацию сторонами поименованной договорной модели?

Вопрос при всей кажущейся простоте не из легких.

Сразу же следует признать очевидное: выбранное сторонами название договора не имеет решающего значения. В гражданском праве ключевую роль играет не название, которое указывают стороны сделки, а истинная суть заключенного договора<sup>28</sup>. По справедливому замечанию Д.В. Огородова и М.Ю. Чельшева, в правоприменительной практике чрезвычайно важно различать новизну конструкции и содержания и поверхностную оригинальность названия договора<sup>29</sup>. Эта проблема актуальна в связи с тем, что большая часть договоров с новыми, оригинальными названиями (инвестиционные договоры и пр.) зачастую в действительности являются смешанными, а то и вовсе обычными поименованными договорами, прикрытыми тем или иным названием-неологизмом. Такая ситуация нередко возникает в договорной практике, когда стороны не критично, механически воспроизводят экономические и иностранные понятия (инвестиции, финансирование и т. п.), подменяя ими давно существующие и признанные в российском праве гражданско-правовые конструкции.

<sup>27</sup> Такой подход, правда, предполагает, что в отношении некоторых непоименованных договоров вполне может иметься специальное правовое регулирование на уровне актов судебного правотворчества. Это регулирование противники идеи применения термина «правотворчество» в отношении судебных актов высших судов могут снабжать частью «квази...», что по большому счету сути не меняет. В рамках нашего подхода такие договоры хотя и продолжают именоваться непоименованными, но могут постепенно обрести специальными нормами судебного правотворчества. При этом они теряют свой непоименованный статус только тогда, когда законодатель или иной орган, наделенный «официальным» правотворческим мандатом, решится закрепить найденные судами или иные признанные целесообразными нормы на уровне законов или иных правовых актов в узком смысле последнего термина.

<sup>28</sup> Этот принцип официально закреплен в постановлении Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки». Пленум ВАС РФ указал, что, «квалифицируя правоотношения участников спора, судам необходимо исходить из признаков договора поставки, предусмотренных статьей 506 Кодекса, независимо от наименования договора, названия его сторон либо обозначения способа передачи товара в тексте документа» (п. 5).

<sup>29</sup> См.: Огородов Д.В., Чельшев М.Ю. Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики // Законодательство и экономика. 2005. № 10.

Итак, мы приходим к вполне предсказуемому выводу, что квалификация договора должна осуществляться судом на основе анализа содержания условий договора и направленности воли сторон. Но это характеризует процесс квалификации договора только с одной стороны. Для того чтобы признать договор непоименованным, необходимо предварительно исключить возможность признания его поименованным. А для этого, определив на первом шаге направленность воли сторон и суть порождаемых ею прав и обязанностей, далее суд должен соотнести это содержание договора с признанными в позитивном праве договорными моделями, дабы обнаружить ту из них, под которую можно подвести заключенный договор. Суд должен осуществить анализ содержания заключенного договора на предмет его соответствия всем поименованным в законах или иных правовых актах договорным конструкциям. Если заключенный договор не покрывается ни одной из поименованных моделей, он возводится в ранг непоименованных, что, как будет показано, означает неприменимость по общему правилу специальных императивных и диспозитивных норм законодательства (или иных правовых актов) и подчинение договора общим положениям обязательственного и договорного права<sup>30</sup>.

С чем конкретно суд должен сопоставлять содержание заключенного договора для выявления признаков его подчинения соответствующему поименованному договорному режиму или констатации его непоименованного статуса? Современная принятая в России система структурирования нормативного регулирования договорных правоотношений предполагает выделение общей части обязательственного права и специального регулирования конкретных поименованных договоров. Наличие же специального регулирования отдельных договоров предполагает, в свою очередь, законодательную фиксацию как минимум нескольких из тех признаков, которые относят тот или иной заключенный сторонами контракт к соответствующей поименованной договорной категории.

Такие признаки мы далее будем именовать квалифицирующими. Соответствие заключенного соглашения сторон всем квалифицирующим признакам поименованного договора подводит его под определенный поименованный договорный тип и установленные в отношении него специальные нормы. Несоответствие хотя бы одному из таких квалифицирующих признаков означает непоименованный статус договора.

Но где мы можем обнаружить квалифицирующие признаки поименованного договора? Важнейшее значение для квалификации контрактов в качестве поименованных имеют те нормы специального регулирования, которые закрепляют такие признаки. Подобные нормы можно условно обозначить как квалифицирующие<sup>31</sup>. Далее мы покажем, что не всегда квалифицирующие признаки поименованных

---

<sup>30</sup> *Стоит напомнить, что судебное правотворчество может выработать ряд специально относящихся к данной категории непоименованных договоров императивных и диспозитивных норм. Признание договора непоименованным не исключает возможности его отнесения к некоему прямо не поименованному в законе, но признанному в судебной практике типу и отнюдь не блокирует применение таких норм судебного правотворчества.*

<sup>31</sup> *Выделение такого рода норм, определяющих критерии классификации заключаемых договоров и отнесения их к тому или иному поименованному типу, хорошо известно и в зарубежной правовой науке (см.: General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 115).*

договоров излагаются собственно в специальных нормах закона. Тем не менее большинство квалифицирующих признаков излагается или должно излагаться с точки зрения корректной законодательной техники в соответствующих специальных нормах.

Квалифицирующие нормы следует отличать от императивных норм, устанавливающих формальные требования к процессу заключения договора (к форме сделки, к государственной регистрации, оформлению договора в виде единого документа и т. п.). Подобные императивные нормы применяются к договору, который уже прошел первичную квалификацию и на основании тех или иных квалифицирующих признаков отнесен к соответствующей специальной категории. Например, правило о том, что долгосрочный договор аренды здания или сооружения подлежит государственной регистрации, применяется к договору, отнесенному на основании квалифицирующих признаков к данной категории.

Необходимо также отличать квалифицирующие нормы от императивных норм, предписывающих существенные условия договоров и тем самым определяющих, какие пробелы в контракте носят фатальный для его судьбы характер. Такие нормы устанавливают минимальные требования к содержанию контракта, относящегося к той или иной специальной категории (например, правило о существенности условия о сроках выполнения работ для договоров, квалифицируемых в качестве подрядных). Соответственно, применение указанных правил также является производным от первоначальной квалификации договора.

Несомненно, квалифицирующие нормы следует отличать и от тех специальных императивных норм, которые направлены на регулирование прав и обязанностей уже заключенного договора того или иного типа (в форме прямых законодательных запретов или императивных предписывающих норм) и тем самым прямо или опосредованно ограничивают свободу определения содержания контракта. Очевидно, что и такие специальные императивные нормы «включаются» только после того, как договор был согласно тем или иным критериям квалифицирован как относящийся к соответствующей договорной модели.

То же самое можно сказать и о специальных диспозитивных нормах, введенных для целей заполнения пробелов в соглашениях, которые отнесены к определенному договорному типу.

Все вышеописанные виды императивных норм и диспозитивные нормы, если они носят специальный характер и включены в законодательное регулирование конкретного типа договоров, начинают применяться только в тех случаях, когда заключенный сторонами договор прошел первичную квалификацию как подпадающий под это специальное регулирование. Квалифицирующие же нормы как раз и фиксируют критерии решения этой диагностической задачи. Они закрепляют «конструктив» соответствующей поименованной договорной модели и имеют принципиальное значение для функционирования пандектной систематики законодательного регулирования. Без наличия такого рода закрепленных в законе квалифицирующих критериев механизм правоприменения в сфере договорного права был бы невозможен или крайне затруднен.

Если заключенный договор не соответствует квалифицирующим нормам, установленным в отношении поименованных договоров, он должен считаться непоименованным. В этом состоит принципиальное отличие последствий несоответствия заключенного договора квалифицирующим нормам от последствий противоречия договора диспозитивным нормам или императивным нормам, устанавливающим формальные требования к договору и процессу его заключения, существенные условия или просто регулирующие содержание заключенного договора. Если договор противоречит специальной диспозитивной норме, то это не порочит его и не препятствует его отнесению к тому поименованному договорному типу, в отношении которого эта норма установлена. Если при заключении договора не были соблюдены соответствующие императивные формальности, он, как правило, признается либо незаключенным, либо недействительным. Если в договоре не согласованы установленные императивными нормами существенные условия, он в силу ст. 432 ГК РФ также по общему правилу считается незаключенным. Если, наконец, договор противоречит императивным нормам, направленным на непосредственное регулирование отношений сторон по уже заключенному договору, то в силу ст. 168 ГК РФ речь должна по общему правилу идти о его недействительности в целом или в части соответствующего спорного условия. В то же время, как мы показали выше, смысл включения в законодательство квалифицирующих норм состоит в решении совсем иной, «коллизийной» задачи отнесения заключенной сделки к той или иной поименованной категории договоров.

В этих условиях квалифицирующие нормы, устанавливающие признаки отнесения сделок к тем или иным поименованным договорным моделям, следует в принципе не признавать ни императивными, ни диспозитивными. Как минимум с функциональной точки зрения есть основания выделять такие нормы в самостоятельный разряд.

## **Выявление квалифицирующих признаков поименованных договоров**

Описанная теоретическая модель видится простой и стройной только на первый взгляд. В действительности сложности возникают при признании конкретных специальных норм законодательства о том или ином поименованном договоре в качестве квалифицирующих, а также при определении квалифицирующих признаков, законодательно не закрепленных.

Рядом с каждой из специальных норм законодательства не стоит «гlossa» с указанием на ее природу. Соответственно, зачастую непросто выявить те нормы, которые носят квалифицирующий характер, и отделить их от норм императивных и диспозитивных.

Как же находить в тексте закона квалифицирующие нормы? Чаще всего они закрепляются в гражданском кодексе в законодательных дефинициях соответствующих поименованных договоров<sup>32</sup>. В них обычно законодатель фиксирует предмет пои-

---

<sup>32</sup> В литературе отмечается, что наиболее распространенный способ индивидуализации договорного типа (вида) состоит в указании в основополагающей, формирующей его статье возможных особенностей, которые должна соответствовать данная конструкция (см.: Брагинский М.И. Указ. соч. С. 73).

менованного договора в виде основных обязательств сторон договора, из которых вытекает его общая правовая природа. Например, согласно п. 1 ст. 454 ГК РФ договор купли-продажи определяется как договор, по которому одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену). Отсюда следует, что к договорам купли-продажи относятся как минимум договоры, которые (а) опосредуют передачу вещи в собственность (б) в обмен на деньги. Из буквального прочтения данной, безусловно, квалифицирующей нормы вытекает, что в случаях, когда конкретный договор не соответствует этим критериям и нацелен не на передачу вещи в собственность за денежное вознаграждение, он не противоречит закону и не является порочным, а просто не подчиняется специальным правилам ГК РФ о договорах купли-продажи. В связи с его соответствием квалифицирующим нормам, относящимся к иным поименованным договорным моделям, такой договор может быть подчинен другому специальному режиму (например, договора мены или дарения) или вынесен в разряд непоименованных договоров (если он не соответствует квалифицирующим признакам ни одного из поименованных договоров).

Но проблема определения квалифицирующих норм усложняется тем, что далеко не всегда исчерпывающий перечень квалифицирующих признаков того или иного поименованного договора содержится в его законодательном определении. Часто такие нормы могут располагаться в другом месте по тексту правового акта и при этом как пополнять список квалифицирующих признаков, отраженных в законодательном определении данного договорного типа, так и уточнять их. Например, из п. 1 ст. 454 ГК РФ можно сделать вывод, что для квалификации договора в качестве договора купли-продажи необходимо, чтобы его предмет состоял в передаче в собственность вещи. Но в действительности этот признак в определенной степени корректируется нормой п. 4 той же статьи, согласно которой режим купли-продажи применяется и к договорам на передачу за деньги имущественных прав.

Иногда другие нормы могут уточнять признаки, фиксирующиеся в законодательном определении того или иного поименованного договора. Например, определение договора аренды, данное в ст. 606 ГК РФ, говорит о том, что имущество передается арендатору за плату. Из этого ни в коем случае не стоит делать вывод, что не будет являться договором аренды контракт, в котором встречное обязательство арендатора не носит денежный характер, а выражается в ином встречном предоставлении. Дело в том, что п. 2 ст. 614 ГК РФ расширяет традиционное понимание платы и включает в рамки этого понятия и такие встречные предоставления, как передача некой вещи в собственность, аренду или даже оказание услуг.

Более того, далеко не всегда признаки, отраженные в законодательном определении договора, по существу являются квалифицирующими нормами. Зачастую они случайным образом фиксируют наиболее характерные, но не обязательные характеристики договора, относимого к этой поименованной договорной категории. Например, ст. 506 ГК РФ обозначает договор поставки как договор, направленный на отчуждение товара в обусловленный срок. С точки зрения политики права и элементарного здравого смысла нет никаких оснований считать указание срока поставки неким обязательным признаком квалификации соглашения как договора поставки. Срок поставки в договоре может быть не определен, и вместо него

будет применяться общее правило ст. 314 ГК РФ, на что, к счастью, указывает и практика ВАС РФ<sup>33</sup>.

Необходимо также учитывать, что далеко не всегда квалифицирующие признаки договора как таковые выводятся из закона. Нередко без анализа судебной практики и научной доктрины определение таких признаков затруднительно. Например, согласно ст. 702 ГК РФ договором подряда является договор, нацеленный на выполнение и сдачу заказчику работ. При этом ни в данной статье, ни в ст. 703 о работах, выполняемых по договору подряда, ни где-то еще в ГК РФ не дается исчерпывающее определение понятия «работа» и не фиксируются его отличия от понятия «услуга». Соответственно, без анализа обширной судебной практики и научной доктрины однозначно определить такой базовый квалифицирующий признак договора подряда, как направленность на выполнение работ, будет сложно.

Наконец, не стоит забывать, что даже тогда, когда мы четко определили квалифицирующие нормы, установленные в отношении того или иного поименованного договора, остается вопрос о возможности их расширительного или ограничительного толкования. Очень часто суды могут сузить рамки соответствующей поименованной модели за счет ограничительного толкования кодифицированных квалифицирующих норм или, наоборот, расширительно истолковать такие нормы и тем самым обеспечить более широкий охват конкретных сделок соответствующей поименованной договорной моделью.

С учетом всех этих нюансов следует признать, что выявление квалифицирующих признаков поименованных договоров представляет собой не простой и механический процесс. Оно требует серьезного анализа конкретных норм с точки зрения их целей и политики права, а также научной доктрины и судебной практики.

Иногда этот анализ может создавать сложные классификационные развилки. Например, норма п. 1 ст. 807 ГК РФ устанавливает, что договор займа считается заключенным с момента предоставления займа. Предположим, сторонами заключен договор, в котором в отступление от этого правила предусмотрена обязанность заимодавца предоставить заемщику денежную сумму. Допустим, что такой договор в остальном полностью соответствует нормам, которые однозначно являются квалифицирующими применительно к данной договорной модели (по договору деньги передаются в собственность с условием о возврате аналогичной суммы по прошествии некоторого времени). Ответ на вопрос о судьбе такого договора и последствиях его противоречия норме п. 1 ст. 807 ГК РФ зависит напрямую от природы обсуждаемой законодательной нормы. Эту норму можно признать: а) императивной и устанавливающей формальные требования к процессу заключения данного договора; б) имплицитно диспозитивной и, соответственно, допускающей согласование сторонами консенсуального займа; в) еще одной квалифицирующей и определяющей рамки соответствующей договорной модели. В первом случае спорный договор не будет считаться заключенным до момента предоставления займа, несмотря на наличие в нем прямого указания на обязанность заимодавца предоставить заем. Во втором случае эти условия будут действительными, а заключенный договор будет считаться именно разновидностью договора займа.

---

<sup>33</sup>

*Такой вывод закреплен, в частности, в п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18.*

В третьем же случае условие будет действительным, но договор перейдет в разряд непоименованных.

Аналогичный выбор возникает, например, в связи с положением п. 1 ст. 380 ГК РФ, которое устанавливает, что внесенный задаток засчитывается в счет платежей по договору, обязательства из которого задатком обеспечиваются. В обороте часто встречается практика включения в предварительный договор соглашения, которое в целом соответствует всем очевидным квалифицирующим признакам задатка, но предусматривает отсрочку реализации платежной функции до момента заключения основного договора. В этом случае ключевое значение приобретает вопрос о природе соответствующей нормы о задатке. Если считать ее императивной, соглашение о задатке, включенное в предварительный договор, который естественным образом не предусматривает платежей, будет ничтожным. Это решение может быть объяснено следующим образом: так как соглашение соответствует всем квалифицирующим признакам задатка, оно подчиняется специальным императивным нормам и среди прочего данной норме. Если считать данную норму не императивной, а диспозитивной или интерпретировать ее расширительно, такое соглашение будет являться особой формой задатка и считаться законным, а платежная функция задатка будет носить отложенный характер и реализовываться при заключении основного договора. Если же признать, что платежная функция задатка, относимая именно к обеспеченному, а не производному от него договору, представляет собой еще один квалифицирующий признак конструкции задатка, то задаток, включенный в предварительный договор, следует признать законным, но непоименованным способом обеспечения, к которому правила о задатке могут применяться только по аналогии.

### **Алгоритм выявления квалифицирующих признаков поименованных договоров**

При разрешении вышеупомянутых коллизий можно предложить использовать следующий алгоритм анализа.

Для начала необходимо выявить ту поименованную договорную модель, по отношению к которой следует проводить «дифференциальную квалификацию» заключенного сторонами соглашения. Надо определить, имеется ли среди поименованных договоров тот, который *prima facie* столь близок заключенному сторонами договору, что могут возникнуть веские основания предполагать наличие воли сторон на заключение именно такого поименованного договора.

Если такой поименованный договор обнаружен, возникает необходимость либо подтвердить, либо опровергнуть гипотезу. Для этого следует выявить его квалифицирующие признаки и сопоставить с ними заключенный сторонами договор, руководствуясь следующим алгоритмом телеологического толкования.

Во-первых, необходимо выяснить, закреплены ли в специальных нормах законодательства (с учетом существующей судебной практики их применения) о соответствующем поименованном договоре правила, которым заключенный сторонами договор противоречит. Если таких правил нет и заключенный договор соответствует общей дефиниции данного поименованного договора и оговаривает тот же

самый предмет договора, есть все основания считать его относящимся к данной поименованной договорной модели.

Во-вторых, если некое противоречие выявлено, следует определить природу нормы, по отношению к которой имеет место такое противоречие. В частности, необходимо определить, нацелена ли специальная норма, которой заключенный договор противоречит, на закрепление существенных условий такого рода договоров или обязательных формальностей, необходимых для того, чтобы правовая система считала договор заключенным. При этом в случае неоднозначности самой нормы суду при ее толковании следует оценивать, имеются ли у разумного законодателя веские основания предъявлять такого рода формальные требования или ограничивать суды в праве заполнить пробел в контракте. Если да, то такая норма может быть признана императивной и не должна считаться квалифицирующей. Если других оснований считать договор непоименованным не найдется и договор будет соответствовать собственно квалифицирующим признакам данной поименованной модели, противоречие такой норме будет в той или иной форме порочить договор.

В-третьих, если соответствующая специальная норма явно не нацелена на установление требований к форме сделки, процессу ее заключения или минимальному набору ее условий, необходимо выяснить, не направлено ли включение в законодательное регулирование этой нормы, в противоречие с которой вступает договор, на ограничение свободы определения содержания уже заключенного договора данного типа. При очевидной императивности нормы (например, выражения ее в качестве однозначного запрета) сомнений не возникает. В случае предписывающей нормы, не оговаривающей прямо законодательный запрет, но при этом и не устанавливающей право сторон оговорить иное, у суда могут возникнуть сомнения в ее природе. В таких случаях суд должен определить, имеются ли очевидные политико-правовые цели, ради которых государству стоит ограничивать конституционный по своему статусу принцип свободы определения содержания договора<sup>34</sup>. Если да и такие цели очевидны (например, защита слабой стороны договора, интересов третьих лиц или публичных интересов), то такая норма в результате телеологического толкования должна быть признана императивной. И значит, она не носит квалифицирующий характер, а составляет императивный правовой режим соответствующего договора. Поэтому противоречие ей не выводит заключенный договор в ранг непоименованных. При соответствии договора квалифицирующим признакам данного договорного типа, отраженным в других специальных нормах закона или судебного правотворчества, договор будет подчинен данной императивной норме и в этой части будет считаться недействительным.

34

*Авторы отвергают распространенный в российской судебной практике принцип, в силу которого любая норма договорного права, не указывающая прямо на право сторон оговорить иное, считается однозначно императивной. Такой подход противоречит западноевропейской традиции права и приводит к появлению в российском законодательстве сотен норм договорного права, чья императивность носит исключительно случайный характер, и масштабному попранию конституционного принципа договорной свободы. При отсутствии в норме, определяющей права и обязанности сторон договора, очевидного атрибута императивности или диспозитивности ее природа должна определяться судом на основе телеологического толкования (с учетом целей законодательного регулирования). При этом как минимум применительно к договорным отношениям между предпринимателями имеются основания вслед за рядом зарубежных стран исходить из опровержимой презумпции диспозитивности таких норм (подробнее см.: Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 100–133). Детальный анализ проблематики императивных норм также см. в готовящейся к выходу в 2012 г. книге А.Г. Карапетова и А.И. Савельева «Свобода договора и ее пределы».*

В-четвертых, если конкретная специальная норма, которой заключенный договор противоречит, не была отнесена ни к одному из вышеуказанных видов, следует выяснить, не является ли она диспозитивной. Когда диспозитивность прямо выражена в соответствующей норме, проблемы не возникает: такая норма не является квалифицирующей. А значит, условие договора, который соответствует квалифицирующим признакам этой договорной модели, но противоречит такой норме, будет иметь приоритет над ней. Сам же договор, соответствующий истинным квалифицирующим признакам данной договорной модели, будет отнесен именно к ней. Когда же диспозитивность эксплицитно не зафиксирована, возникают сложности. Если исходить из очевидного для нас тезиса о том, что отсутствие в тексте нормы явного атрибута диспозитивности (оговорки о праве сторон оговорить иное) отнюдь не означает автоматического признания нормы императивной, то следует допускать возможность ее имплицитной диспозитивности. Соответственно, в таких ситуациях суд должен будет выбрать между признанием нормы диспозитивной или квалифицирующей. Для разрешения этой проблемы суду необходимо временно «забыть» об этой норме и определить, не противоречит ли здравому смыслу применение специального законодательного регулирования соответствующего поименованного договора в целом к заключенному сторонами договору. Если большинство норм, составляющих правовой режим соответствующего поименованного договора с точки зрения здравого смысла и целей законодательного регулирования без особых проблем применимо к спорному договору, тогда есть достаточно веские основания такой договор квалифицировать в качестве поименованного, а спорную норму — в качестве диспозитивной. Ведь в обратном случае, как мы далее покажем, часто не остается ничего иного, как признать норму квалифицирующей. А это означало бы признание противоречия договора данной норме в качестве основания для признания его непоименованным и отсеечения возможности применения всего блока специальных норм. Не имея серьезных политико-правовых оснований, формировать новые договорные модели не стоит. Диспозитивная квалификация спорной нормы позволяет оставить договор в рамках данной поименованной договорной модели и не провоцировать ненужный правовой вакуум.

В-пятых, если отсутствуют убедительные основания считать такую норму императивной или диспозитивной, то имеются веские основания считать ее устанавливающей квалифицирующий признак поименованной договорной модели, а противоречие договора такой норме рассматривать как условие признания его непоименованным. Но прежде чем делать такой вывод, необходимо исключить возможность того, что норма, закрепляющая соответствующий квалифицирующий признак, допускает расширительное толкование. В некоторых случаях такая квалифицирующая норма оказывается выраженной недостаточно емко и политико-правовые соображения допускают возможность телеологической расширительной интерпретации. Последняя может привести к тому, что заключенный договор окажется вполне соответствующим расширительно интерпретированной квалифицирующей норме и в итоге подпадающим под режим поименованного договора. При решении вопроса о необходимости расширительного толкования квалифицирующей нормы может оказаться полезным вышеприведенный прием мысленного сопоставления специального законодательного режима данного поименованного договора с заключенным сторонами договором, который хотя и не укладывается в буквальное значение соответствующей квалифицирующей нормы, но может быть признан относящимся к категории данного поименованного договора при ее расширительной интерпретации. Если выяснится, что подавляющая часть норм специального режима данной поименованной договорной модели в полной мере применима к такому договору,

это будет свидетельствовать в пользу расширительного толкования соответствующей квалифицирующей нормы и, соответственно, признания договора поименованным. Если же мысленный эксперимент приводит к тому, что специальный законодательный режим данного поименованного договора с точки зрения логики, политико-правовых соображений и здравого смысла начинает серьезно конфликтовать с договором, который был бы обнят этим режимом при расширительной интерпретации соответствующей квалифицирующей нормы, это свидетельствует против возможности расширительного толкования. В последнем случае не остается ничего иного, как признать договор не соответствующим квалифицирующим признакам данной поименованной договорной модели и рассматривать его в качестве непоименованного (или, возможно, отнести к другой поименованной модели).

Проиллюстрируем применение такого алгоритма телеологического толкования на примерах.

## Примеры квалификации

Вышеприведенная методология выявления непоименованных договоров применительно к случаю спорной квалификации нормы ГК РФ о реальности договора денежного займа в связи с заключением сторонами договора консенсуального займа дает следующие результаты. Очевидно, договор займа, построенный сторонами по консенсуальной модели, по своей экономической и правовой природе очень близок к предусмотренному законом реальному договору займа. При этом норма, согласно которой договор займа считается заключенным с момента его предоставления, явно не направлена на установление существенных условий или ограничение свободы определения содержания уже заключенного договора, но по своей природе вполне может быть признана устанавливающей обязательные требования к порядку заключения такого договора. Тем не менее элементарный политико-правовой анализ демонстрирует, что нет весомых оснований для отказа от признания такого договора действующим с момента заключения договора, обязывающего займодавца предоставить заем. Некоторые сомнения, обусловленные патерналистскими соображениями, могут вызвать консенсуальные договоры займа, в которых займодавцем является гражданин. Но применение этого же требования к сугубо коммерческим займам вряд ли может быть обосновано с точки зрения политики права. Реальный характер договора денежного займа, отраженный в ст. 807 ГК РФ, является данью исторической традиции и постепенно отвергается многими развитыми правовыми порядками на уровне как национального законодательства, так и актов международной унификации договорного права<sup>35</sup>.

<sup>35</sup>

*Реальные договоры были одним из видов древнеримского «пантеона» признаваемых правом договорных форм. Но после повсеместного утверждения универсальной модели консенсуального договора реальность договора с точки зрения политики права может быть оправдана только при наличии очень веских политико-правовых резонов. Ситуация, когда закон навязывает такую аномалию, как вступление договора в силу с момента передачи вещи, в современных условиях если и может быть объяснена, то в очень редких случаях. Подробнее об исторических корнях конструкции реального договора и постепенном отказе западных правовых порядков от императивной реальности некоторых, ранее считавшихся не имеющими силы до момента передачи вещи договоров, см.: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 550; Principles of European Contract Law. Parts I–II / ed. by O. Lando and H. Beale. The Hague, 2000. P. 141; The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Nijmegen, 2002. P. 77–78.*

Остается выбрать между квалификацией данной нормы либо в качестве диспозитивной, либо в качестве квалифицирующей. Большинство норм о займе вполне логичным образом применимы к договору займа, построенному по консенсуальной модели. Это подтверждается также тем фактом, что нормы о займе в силу прямого указания в ГК РФ применяются и к бесспорно консенсуальным договорам банковского или товарного кредита. Следовательно, изменение реального характера договора на консенсуальный не меняет его природу настолько значительно, что предложенное законодателем специальное регулирование теряет свою адекватность. В таких условиях есть все разумные основания признать соответствующую норму не квалифицирующей, а просто имплицитно диспозитивной. В результате такой телеологической интерпретации консенсуальный договор займа, как минимум тогда, когда заимодавцем не является гражданин, следует считать договором займа, а не непоименованным договором. В рамках нынешней реформы ГК РФ именно такая идея и предлагается для прямого закрепления в Кодексе<sup>36</sup>.

Другой пример. В случае с нормой о том, что платежная функция задатка реализуется в рамках обеспеченного договора, мы можем достаточно легко отвергнуть ее квалификацию в качестве императивно устанавливающей формальные требования к заключению договора или его существенные условия, а также с достаточной уверенностью не признать ее направленной на ограничение свободы уже заключенного договора. Последнее связано с тем, что нет никаких убедительных политико-правовых оснований ограничивать право сторон отложить платежный эффект задатка до момента заключения основного договора<sup>37</sup>. Выбор же между расширительной интерпретацией данной нормы (и признанием за такого рода соглашением природы именно особой формы задатка) или оценкой ее как квалифицирующей (с вытекающим отсюда признанием задатка в предварительном договоре непоименованным способом обеспечения) носит менее принципиальный характер в силу крайне скудного законодательного регулирования института задатка. «Цена вопроса» оказывается не столь высока.

Тем не менее, взвешивая все за и против, считаем более удобным признать, что стороны могут оговорить в договоре отложенный эффект платежной функции и при этом продолжать называть соответствующее средство обеспечения задатком. Отложенный эффект платежной функции не меняет в конструкции задатка ничего настолько существенного, чтобы лишить смысла применение к такому соглашению норм о его письменной форме (п. 2 ст. 380 ГК РФ), о необходимости вернуть задаток при прекращении обеспеченных обязательств невозможностью исполнения или по соглашению сторон (п. 1 ст. 381 ГК РФ), о зачетном соотношении с убытками (п. 2 ст. 381 ГК РФ). При признании задатка в предварительном договоре законным, но непоименованным средством обеспечения, все эти нормы при необходимости можно было бы применять по аналогии. Но соображения экономии интеллектуальных усилий, которые обычно требуются от сторон для убежде-

<sup>36</sup> URL: <http://www.privlaw.ru>.

<sup>37</sup> *Практика Президиума ВАС РФ по этому вопросу пока стоит на обратной позиции и признает задаток в предварительном договоре ничтожным в силу противоречия закону, по сути, считая данный элемент правового режима задатка не квалифицирующим, а императивным (см. постановление Президиума ВАС РФ от 19.01.2010 № 13331/09). Критику этого подхода см.: Карпетов А.Г. Есть ли смысл в запрете обеспечения задатком обязательств из предварительного договора? Комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 13331/09 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 8. С. 66–79.*

ния суда в необходимости применения аналогии закона, подсказывают нам, что вариант с признанием нормы о том, что платежный эффект реализуется в рамках обеспеченного договора, в качестве квалифицирующей все-таки менее удачный. Такую норму следует подвергнуть расширительной телеологической интерпретации и признать, что она допускает возможность отложенного эффекта платежной функции задатка. На право сторон обеспечить задатком предварительный договор справедливо указывается в практике Верховного Суда РФ<sup>38</sup> и в рамках опубликованного в 2011 г. проекта реформы ГК РФ<sup>39</sup>.

Или возьмем в качестве примера п. 1 ст. 807 ГК РФ, согласно которому договор займа заключается в отношении родовых вещей или денег. Означает ли это, что договор займа, объектом которого являются бездокументарные ценные бумаги (например, акции), не представляющие собой в буквальном смысле родовые вещи, следует признать незаконным (если считать эту норму императивно ограничивающей свободу договора) или непоименованным (если данная норма должна рассматриваться как квалифицирующая)? Норма п. 4 ст. 3 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» прямо допускает предоставление брокером своим клиентам ценных бумаг в качестве займа. Но как быть в случае, который не подпадает под действие этой нормы (например, когда такой договор заключается не с брокером)?

Некоторые суды приходят к ошибочному, на наш взгляд, выводу о ничтожности такого договора. Логика традиционна для российской в целом недружественной к свободе договора судебной практики: в ст. 807 ГК РФ написано о займе денег или родовых вещей, следовательно, заем бездокументарных ценных бумаг ничтожен<sup>40</sup>. Для такого блокирования автономии воли сторон, как нам кажется, нет внятных политико-правовых оснований. Вряд ли имеет смысл считать норму п. 1 ст. 807 ГК РФ императивной: данная норма об объекте займа со всей очевидностью является квалифицирующей. Соответственно, ни о какой ничтожности договора речь идти не может. Противоречие условий договора квалифицирующим нормам не порочит договор, а выталкивает его в разряд непоименованных. Поэтому на первый взгляд может показаться, что договор займа акций следует признать непоименованным. Но такой вывод безосновательно формирует регулятивный вакуум и отсекает в отношении этого договора применение законодательного регулирования займа, большая часть которого абсолютно уместна и в отношении займа бездокументарных ценных бумаг. Если в силу прямого указания в ГК РФ нормы о купле-продаже применяются к купле-продаже имущественных прав, почему бы и регулятивному режиму договора займа не покрывать собой заем не вещей, а бездокументарных

<sup>38</sup> В определении Верховного Суда РФ от 10.03.2009 № 48-В08-19 указывается: «Основная цель задатка — предотвратить неисполнение договора... При этом Гражданский кодекс Российской Федерации не исключает возможности обеспечения задатком предварительного договора... предусматривающего определенные обязанности сторон по заключению в будущем основного договора, и применения при наличии к тому оснований (уклонение стороны от заключения основного договора) обеспечительной функции задатка, установленной пунктом 2 статьи 381 ГК Российской Федерации и выражающейся в потере задатка или его уплате в двойном размере стороной, ответственной за неисполнение договора».

<sup>39</sup> URL: <http://www.privlaw.ru>.

<sup>40</sup> См., напр., постановления ФАС Московского округа от 07.05.2003 по делу № КГ-А40/2292-03; ФАС Дальневосточного округа от 03.05.2005 № Ф03-А51/05-1/872.

ценных бумаг? Отсутствие в правилах о займе прямой оговорки на этот счет вряд ли нас должно останавливать. В связи с этим было бы разумно квалифицирующую норму п. 1 ст. 807 ГК РФ об объекте займа, явным образом устанавливающую квалифицирующий признак данной договорной модели, интерпретировать расширительно, с тем чтобы этот режим обнял собой и договор займа бездокументарных ценных бумаг.

Другой пример: иногда предварительные договоры предусматривают, что лишь одна из сторон имеет право в рамках установленного срока инициировать процесс заключения основного договора. Эта договорная конструкция несколько противоречит букве ст. 429 ГК РФ, которая говорит о сторонах, имеющих право инициировать заключение основного договора. На основании этого в литературе выдвигалось мнение, что такой договор *de lege lata* невозможен<sup>41</sup>. По сути, такая позиция опирается на то, что упоминание в ст. 429 ГК РФ слова «сторон» во множественном числе является императивной нормой.

Мы никак не можем признать эту позицию оправданной. В одностороннем предварительном договоре нет ничего, что могло бы оправдать ограничение конституционного принципа договорной свободы с точки зрения политики права. Российское право не блокирует возможность заключения договоров, опосредующих предоставление односторонних обязательств. Если оно допускает договоры поручительства, предоставление залога третьим лицом, договоры ссуды, безвозмездный заем или дарение, оформляющие одностороннее *материальное* обогащение лишь одного из контрагентов, то было бы странно предположить, что при этом оно может зачем-то ограничивать свободу одной стороны дать одностороннее *организационное* обязательство акцептовать оферту другой стороны, если последняя решит заключить основной договор.

Вооружившись политико-правовыми аргументами, данную норму либо стоит интерпретировать в качестве квалифицирующей и признать заключенный договор непоименованным, либо подвергнуть расширительной телеологической интерпретации и признать спорный договор вариацией конструкции предварительного договора. Оба варианта относительно приемлемы, так как не влекут ограничение свободы договора. Разница же между ними незначительна в силу крайне скудного законодательного регулирования предварительного договора. Те несколько содержательных норм, которые закреплены в ст. 429 ГК РФ, с телеологической точки зрения вполне применимы к односторонней его вариации, что свидетельствует скорее в пользу расширительного толкования. Но, в принципе, нужный результат может быть без большого труда обеспечен и путем аналогии закона.

Можно вспомнить также пример из недавней судебной практики. Договор между собственником здания и другим лицом, на основании которого последнее использует отдельный конструктивный элемент этого здания для размещения рекламных конструкций, был признан Президиумом ВАС РФ непоименованным договором<sup>42</sup>. Президиум ВАС РФ отметил: «Спорный объект представлял собой не вещь,

<sup>41</sup> Белов В.А. *Гражданское право: общая часть. Т. II: Лица, блага, факты. М., 2011. С. 699.*

<sup>42</sup> См. п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой».

а необособленную часть конструктивного элемента здания. Признать часть крыши самостоятельным объектом аренды не представляется возможным ни с теоретических позиций, ни с позиций правового регулирования (ст. 607 ГК РФ). Следовательно, заключить договор аренды в отношении объекта, который не может быть объектом аренды, невозможно». На наш взгляд, такое решение, исходя из выведенного выше алгоритма анализа, следует считать необоснованным. Договор на предоставление конструктивных элементов здания для размещения на них тех или иных рекламных или иных конструкций, думается, было бы вполне уместно отнести именно к разновидности договора аренды, интерпретируя норму о предмете аренды несколько расширительно. Необособленная часть конструктивного элемента здания (например, крыши) вряд ли является самостоятельной вещью в контексте норм об объекте аренды. Но если ранее судебная практика расширительно истолковала понятие «здания и сооружения» (ст. 650 ГК РФ), включив в него и помещение как часть здания или сооружения, то, скорее всего, нет веских оснований не идти по этому пути и дальше и не признать режим аренды здания или сооружения распространяющимся и на договоры, по которым возмездно передается право на размещение тех или иных стационарных объектов на определенных конструктивных элементах зданий, которые в принципе могут быть индивидуализированы или очерчены в договоре тем или иным образом. Для этого достаточно применить расширительное толкование дефиниции договора аренды. Подавляющее большинство норм о договоре аренды вполне применимо для его регулирования, в силу чего его выведение за рамки детальных норм об аренде неразумно с логической и прагматической точек зрения и формирует неоправданный правовой вакуум.

Этот вывод подтверждается и в практике ВАС РФ. Так, несколько позднее Пленум ВАС РФ решил, что к таким непоименованным договорам нормы об аренде применяются по аналогии (в том числе и нормы об обязательности государственной регистрации долгосрочной аренды недвижимости)<sup>43</sup>. Тем самым высшая судебная инстанция не отказалась от сделанного выбора в пользу непоименованного статуса такого договора, но, дезавуировав все практические последствия этого выбора и подведя этот договор под режим аренды посредством ссылки на аналогию закона, по сути, призналась в том, что серьезных оснований для отказа в его признании договором аренды просто нет. Такая «оптовая» и потому аномальная аналогия закона, приводящая к применению к непоименованному договору не отдельной нормы из законодательного режима поименованного договора, а всего специального режима целиком, есть очевидное свидетельство того, что на самом деле спорный договор непоименованным не является и квалификационные рамки соответствующей поименованной договорной модели должны быть расширены, чтобы охватить и такой договор.

В обороте иногда встречаются условия или отдельные соглашения о товарной неустойке. Такое соглашение вступает в явное противоречие с нормой п. 1 ст. 330 ГК РФ о том, что предметом неустойки являются деньги. Эта норма, очевидно, квалифицирующая. Исходя из этого нам следует выбрать между тем, чтобы признавать товарную неустойку непоименованным средством обеспечения, и тем, чтобы признавать ее все-таки разновидностью неустойки, расширительно истолковав норму п. 1 ст. 330 ГК РФ о предмете неустойки. Оба варианта вполне приемлемы. Но все

43

См. п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

же в силу принципиальной применимости *mutatis mutandis* всех норм о неустойке к неустойке товарной, видимо, логичнее дать норме о денежном характере неустойки расширительное толкование и признать товарную неустойку, как это делается в большинстве зарубежных стран, разновидностью неустойки<sup>44</sup>. Это сняло бы необходимость обоснования применения ст. 333 ГК РФ и ряда других норм о неустойке (например, о зачетном соотношении с убытками) по аналогии закона. Хотя в принципе следует признать, что вариант признания товарной неустойки непоименованной обеспечительной конструкцией, несмотря на то что является вариантом менее удачным, также не исключен. Регулятивный режим института неустойки не настолько сильный, чтобы различие между двумя в целом комплиментарными к договорной свободе вариантами стало значительным. Перенос нескольких норм из режима поименованного института неустойки по аналогии закона не представляет какой-то непосильной для судов задачи<sup>45</sup>.

В вышеприведенных примерах мы выступали за более гибкий «конструктив» поименованных договорных моделей, толкуя спорные нормы в качестве диспозитивных либо интерпретируя их расширительно. Неоправданно узкие рамки поименованных договорных моделей будут выталкивать любые усовершенствования сторонами таких типовых моделей в разряд непоименованных договоров с отсечением возможности применения соответствующих специальных норм, большая часть которых может быть абсолютно адекватной в качестве регулятивного режима заключенного договора. Но рамки поименованных договорных моделей не могут расширяться до бесконечности. В тех случаях, когда заключенный договор начинает явно противоречить действительно квалифицирующим признакам соответствующего поименованного договора и значительная часть соответствующих специальных норм перестает быть адекватной той измененной договорной конструкции, которую согласовали стороны, праву стоит выносить заключенный договор в ранг непоименованных договоров.

В качестве примера можно привести достаточно распространенные договоры, по которым отель договаривается с частным предпринимателем о том, что тот имеет право оказывать на территории отеля его постояльцам те или иные услуги или реализовывать им те или иные товары (например, сувенирные) без фиксации четкой точки оказания этих услуг или продажи товаров, и такие договоры предусматривают оплату за получение этого права. К тому же типу могут быть отнесены договоры аэропорта с банком, по которым сотрудники банка получают за плату право перемещаться по территории аэропорта и предлагать пассажирам те или иные банковские продукты (например, оформить банковскую карту).

Такие договоры явно не соответствуют квалифицирующим признакам ни договора аренды, ни договора возмездного оказания услуг даже при наиболее «творческом» подходе к их определению. Например, вряд ли можно признать, что предоставленные контрагенту права оказывать услуги или реализовывать товары третьим лицам

<sup>44</sup> Подробнее см.: Каранетов А.Г. *Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве*. М., 2005.

<sup>45</sup> Недавно Пленум ВАС РФ закрепил именно такую позицию, признав товарную неустойку непоименованным средством обеспечения, к которому норма о снижении неустойки была тем не менее признана применимой (видимо, по аналогии закона). См. п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».

на своей территории является некой услугой. Ведь в приведенных примерах совершение тех или иных действий отелем или аэропортом не входит в основной предмет договора: суть их обязательств скорее выражается в неприпятствовании банку или предпринимателю в осуществлении ими коммерческой деятельности на соответствующей территории. В отличие же от аренды недвижимости в наших примерах не происходит фиксации конкретной пространственной площади, сданной в аренду. Соответственно, вряд ли есть основания для расширительного толкования квалифицирующих признаков договоров оказания услуг и аренды, с тем чтобы рамки этих поименованных моделей обняли заключенные сторонами договоры. К тому же большая часть специальных норм, включенных в законодательное регулирование этих договоров, неадекватна их существу. Поэтому в приведенных примерах, видимо, речь должна идти именно о непоименованных договорах.

Еще один пример — распространенные в сфере футбола так называемые договоры трансфера спортсмена, под которыми понимаются договоры, заключаемые между профессиональными футбольными клубами, определяющие порядок, сроки и условия перехода (трансфера) футболиста-профессионала из одного клуба в другой. Причем такие договоры бывают направлены как на «продажу» футболиста, так и на его «аренду» с правом или без права «выкупа»<sup>46</sup>. Не секрет, что цена таких договоров зачастую исчисляется десятками миллионов евро. Как квалифицировать эти договоры? Как договоры, противоречащие императивным нормам, установленным законодателем в отношении объекта договоров купли-продажи или аренды, и, как следствие, недействительные полностью или в части? Или же как непоименованные договоры, имеющие лишь отдельные схожие черты с договорами купли-продажи или аренды, но не являющиеся ими? Очевидно, что объект такого договора не соответствует квалифицирующим по своей природе требованиям к объекту договора купли-продажи или аренды и не может быть охвачен понятиями «вещь» или даже «имущественное право» при самой расширительной их интерпретации. В связи с этим в литературе иногда делается вывод, что все «подобные договоры должны признаваться ничтожными, поскольку физические лица (игроки) являются субъектами гражданских прав и ни при каких условиях не могут признаваться объектами гражданско-правовых сделок»<sup>47</sup>.

Позволим себе не согласиться с такой квалификацией. Положения п. 1 ст. 454 и ст. 607 ГК РФ о том, что объектом купли-продажи является вещь, а в аренду передаются непотребляемые вещи, вряд ли стоит рассматривать как императивные нормы, направленные на ограничение договорной свободы. Вполне очевидно, что в этом случае мы имеем дело с классическими квалифицирующими нормами, несоответствие которым не лишает заключенный договор юридической силы, но отсекает возможность его отнесения к категории купли-продажи или аренды. Возмож-

<sup>46</sup> Регламент Российского футбольного союза по статусу и переходу (трансферу) футболистов 2011 г. дает определение трансферному договору: «Трансферный контракт — двусторонний договор, заключаемый между профессиональными футбольными клубами, определяющий порядок, сроки и условия перехода (трансфера) футболиста-профессионала». Этот же Регламент определяет и понятие договора аренды футболиста: «Трансферный контракт на условиях «аренды» — трехсторонний договор, заключаемый между профессиональными футбольными клубами и футболистом-профессионалом, определяющий порядок, сроки и условия перехода (трансфера) футболиста-профессионала на условиях «аренды». Небезынтересно, что аренда в статье упоминается в кавычках (URL: <http://www.rfs.ru>).

<sup>47</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о передаче имущества. М., 2005. С. 464.

ность расширительного толкования понятия «вещь» в целях обнять собой человека в условиях ушедшего в прошлое рабовладения и крепостного права абсурдна и обсуждаться не может. Учитывая уникальность предмета таких договоров, а также затруднительность их отнесения к другим существующим поименованным договорным конструкциям, остается признать, что такие договоры являются непоименованными. Такого вывода стоит придерживаться по крайней мере до тех пор, пока не будут приняты нормативные правовые акты гражданско-правового характера, регламентирующие указанные договорные типы (к коим, безусловно, не относятся регламенты Российского футбольного союза и иные документы, изданные общественными организациями)<sup>48</sup>.

Иногда в обороте заключаются соглашения сторон, в которых те, зафиксировав общие параметры будущего договора, обязуются добросовестно вести переговоры по согласованию оставшихся условий (например, цены или некоторых иных существенных или несущественных условий) и стремиться заключить договор к определенной дате, предусматривая, что в случае необоснованного уклонения от исполнения этой обязанности другой стороне возмещаются убытки или уплачивается неустойка. При попытке осуществить правовую квалификацию такого договора выясняется, что ближайший по своей экономической направленности поименованный договор — это конструкция предварительного договора, закрепленная в ст. 429 ГК РФ. Можно ли признать такой договор предварительным? Для ответа на этот вопрос необходимо понять, что означает несоответствие заключенного договора положениям нормы п. 1 ст. 429 ГК РФ, которая указывает на то, что предварительный договор порождает обязательства не стремиться прийти к соглашению, а заключить в будущем договор на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Применение приведенного выше алгоритма телеологического толкования приводит нас к выводу, что норма п. 1 ст. 429 ГК РФ устанавливает квалифицирующие признаки предварительного договора (обязательство акцептовать поступившую оферту и тем самым заключить договор на ранее согласованных условиях). Стороны же договора в рассматриваемом примере предусматривают обязанности стремиться или приложить максимальные усилия к согласованию будущего договора, а не гарантируют, как это характерно именно для предварительного договора, заключение основного договора. Но, возможно, следует квалифицирующие признаки предварительного договора в этой части подвергнуть расширительной интерпретации и все-таки допустить, что предварительный договор может быть заключен не только по модели гарантированного акцепта, но и по модели «приложения максимальных усилий»? Думается, что делать этого не стоит. Иначе подведение нашего договора под модель предварительного будет означать применение нормы п. 5 данной статьи, закрепляющей возможность судебного принуждения стороны, получившей оферту, к заключению основного договора. Это, по нашему мнению, выглядит достаточно странно в свете того, что контрагент не обещал другой стороне договор заключить. Более того, осязаемое отличие двух данных моделей делает бессмысленным применение также целого ряда других правил ст. 429 ГК РФ о предваритель-

<sup>48</sup> *Сделанный вывод о непоименованном статусе такого договора отнюдь не предопределяет решение вопроса о политико-правовой оправданности идеи об ограничении права спортсмена как работника по трудовому договору на свободное увольнение. В случае если право признает такое отступление от общих принципов трудового права недопустимым и ограничивающим конституционные права работника, а соответствующие регламенты спортивных ассоциаций будут признаны незаконными, потребность в заключении трансферных контрактов между клубами и кауза такого рода сделок, как представляется, отпадут.*

ном договоре. В частности, отпадает жесткая необходимость наличия в таком соглашении всех существенных условий основного договора, в значительной степени теряет смысл императивная норма о необходимости совпадения формы основного и предварительного договора, а также лишается смысла норма о том, что обязательства сторон не прекращаются, если до истечения согласованного срока одна из сторон направила другой стороне предложение заключить договор.

Как мы видим, попытка втиснуть заключенный сторонами договор в рамки конструкции предварительного договора вызывает значительные трения с законодательным режимом последнего. Это позволяет сделать вывод, что, выбирая между двумя в целом комплиментарными к свободе договора вариантами определения правовой природы заключенного контракта, не следует растягивать «конструктив» модели предварительного договора настолько, чтобы он обнял собой и договор, предусматривающий обязательства прилагать усилия к добросовестному согласованию условий договора. Судя по всему, рассматриваемый договор является непоименованным, будучи нацеленным на регулирование поведения сторон на преддоговорной стадии и конкретизацию оснований и условий привлечения к преддоговорной ответственности за недобросовестный срыв переговоров.

Аналогичная ситуация возникает и с опционным договором. Этот крайне распространенный в зарубежном и российском обороте договор фиксирует все условия будущего договора, но откладывает вступление его в силу до момента, когда одна из сторон заявит о своем желании совершить соответствующую экономическую операцию. По сути, такой договор структурирует предоставление безотзывной оферты на определенный срок, дает одной из сторон право на ее акцепт и оговаривает права и обязанности на период до такого акцепта. В частности, очень часто указанный договор предусматривает опционную премию, т. е. плату, которую акцептант должен заплатить при заключении опционного договора за получение права на акцепт и возможность реализовать его в течение, как правило, достаточно длительного срока. В случае акцепта эта премия не засчитывается в счет платежей по основному договору; в случае же пропуска срока на акцепт опционная премия не возвращается. Опционный договор напоминает конструкцию предварительного договора, но вступает в противоречие с установленными в отношении такого договора квалифицирующими нормами о возникновении из предварительного договора *обязательств* по заключению основного договора. Даже при самой широкой интерпретации этих норм очевидно, что их противоречие воле сторон настолько существенно, что опционный договор не может рассматриваться как разновидность предварительного договора. Иное бы означало применение к опционному договору абсолютно не соответствующего воле сторон правового режима (например, норма о принуждении к заключению основного договора). В литературе было высказано предложение прямо урегулировать такой договор в ГК РФ<sup>49</sup>. Законодательное регулирование опционного договора планируется к включению в новую редакцию ГК РФ в рамках нынешней реформы гражданского законодательства. Соответственно, в случае вступления в силу новой редакции ГК РФ такой договор станет поименованным<sup>50</sup>. Но до тех пор суды должны признавать такой договор непоименованным и не пытаться искусственно интерпретировать его как предварительный.

---

<sup>49</sup> Каранетов А.Г. Анализ некоторых вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров в контексте реформы обязательственного права России // Вестник ВАС РФ. 2009. № 12. С. 33–36.

<sup>50</sup> URL: <http://www.privlaw.ru>.

При этом далеко не всегда квалификация договора в качестве непоименованного вызывает столь серьезные сложности. Иногда непоименованная природа договора очевидна и не вызывает никаких сомнений просто в силу отсутствия похожих поименованных договоров. Например, к числу непоименованных договоров следует отнести получившие широкое распространение в деловой практике соглашения о конфиденциальности (*non-disclosure agreement, agreement for exchange of confidential information*). Спецификой подобного соглашения является тот факт, что оно представляет собой совокупность отрицательных обязательств (зачастую взаимных) по неразглашению переданной конфиденциальной информации, а также иногда и ряда положительных обязательств по принятию организационно-технических мер, обеспечивающих такое неразглашение. Вывод о непоименованной природе такого договора вытекает из того, что среди поименованных договоров нет ни одного, в число ключевых квалифицирующих признаков которого входило бы негативное обязательство или тем более обмен взаимными негативными обязательствами.

В качестве яркого примера договора, который очевидно не укладывается в рамки существующих поименованных конструкций, может быть указан и договор суррогатного материнства, представляющий собой соглашение между лицами, желающими иметь ребенка, и женщиной, давшей свое согласие на применение метода имплантации эмбриона с целью вынашивания и рождения ребенка с последующей передачей родительских прав на него<sup>51</sup>. Специфика предмета договора (процесс вынашивания эмбриона, права на ребенка и т. п.) обуславливает проблематичность соотнесения этого договора с квалифицирующими признаками какой-либо поименованной договорной конструкции<sup>52</sup>.

Анализ судебной практики арбитражных судов позволяет выявить и целый ряд других договоров, признаваемых судами в качестве непоименованных. В частности, судами признаются непоименованными: договор вексельного займа (кредита)<sup>53</sup>, договор о предоставлении торгового места на рынке<sup>54</sup>, договор о предоставлении персонала<sup>55</sup>, многостороннее соглашение о взаимозачете<sup>56</sup>, соглашение об обеспечительном (гарантийном) депозите (платеже), вносимом контрагентом в обеспечение своих возможных к возникновению в будущем денежных обязательств<sup>57</sup>,

<sup>51</sup> Семейный кодекс РФ лишь упоминает соглашение о суррогатном материнстве, но не регулирует структуру прав и обязанностей сторон такого соглашения (подробнее об этом см., напр: Борисова Т.Е. Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства и практики // Российская юстиция. 2009. № 4; Афанасьева И.В. Правовое регулирование суррогатного материнства // Медицинское право. 2007. № 2).

<sup>52</sup> В судебной практике встречаются споры о законности такого непоименованного договора (см., напр., определение Свердловского областного суда от 28.08.2007 по делу № 33-5744/2007).

<sup>53</sup> См. постановления Президиума ВАС РФ от 07.07.1998 № 3762/98; ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.06.2008 № А58-6020/07-0104-Ф02-1729/08 по делу № А58-6020/07-0104; ФАС Уральского округа от 22.04.2010 № Ф09-2673/10-С4 по делу № А50-18519/2008.

<sup>54</sup> См. постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18.01.2010 по делу № А38-934/2009.

<sup>55</sup> См. постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 14.05.2010 по делу № А45-14601/2009. См. также постановление ФАС Поволжского округа от 25.09.2007 по делу № А65-7899/06.

<sup>56</sup> См. постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 10.05.2007 № Ф04-2681/2007(33869-А46-4) по делу № А46-10106/2006; ФАС Центрального округа от 20.11.2003 № А54-716/03-С19.

<sup>57</sup> См. постановление ФАС Московского округа от 07.04.2008 № КГ-А40/2664-08.

и многие другие. Думается, также есть определенные основания для признания непоименованными распространенных в зарубежной практике и иногда встречающихся и в России трехсторонних договоров эскроу (условного депонирования), опосредующих депонирование должником подлежащего передачи кредитору имущества у посредника (эскроу-агента), который в свою очередь обязан передать это имущество бенефициару при наступлении указанных в договоре условий или вернуть депоненту в случае их ненаступления.

Некоторые из признаваемых судами или подлежащих признанию непоименованных договоров в рамках идущей на момент написания настоящей статьи рекодификации гражданского законодательства РФ станут договорами поименованными (например, обеспечительный платеж, договоры эскроу, опционный договор и др.)<sup>58</sup>. Но до тех пор они имеют статус непоименованных договоров.

При этом следует осознать, что дальнейшее развитие оборота и его глобализация неминуемо потянут за собой все новые и новые договорные формы. Некоторые из них можно будет легко уложить в рамки признанных в законодательстве договорных моделей или считать смешанными. Иные договоры, как мы далее покажем, в силу наличия веских политико-правовых оснований, возможно, придется признавать незаконными как направленные на недобросовестный обход закона. Но целый ряд таких договоров окажется в статусе допустимых непоименованных договоров вплоть до момента, когда законодатель решится соответствующую договорную модель законодательно урегулировать (как это вскоре, видимо, произойдет с опционным и некоторыми другими договорами).

## Некоторые промежуточные итоги

Из всего изложенного вытекает, что вопрос о квалифицирующих признаках поименованных договоров имеет колоссальное влияние на свободу заключения непоименованных договоров.

Во-первых, чем большее число квалифицирующих признаков поименованного договора в праве выделяется, тем уже рамки этой договорной модели и тем чаще похожий заключаемый в обороте договор будет вступать в противоречие с одним или несколькими квалифицирующими признаками и вытесняться в разряд непоименованных. И наоборот, чем меньше квалифицирующих признаков у поименованных договоров и чем шире рамки этих моделей, тем чаще конкретные договоры оказываются ими перехваченными и подпадают под специальное правовое регулирование. С точки зрения договорной свободы разница состоит в том, что в первом случае договорная свобода максимизируется, подпадая под минимальный набор общих императивных норм обязательственного и договорного права, в то время как во втором — несколько ограничивается в силу подпадания еще и под специальные императивные нормы, установленные в отношении соответствующего поименованного договора.

---

<sup>58</sup> URL: [www.privlaw.ru](http://www.privlaw.ru).

На наш взгляд, количество квалифицирующих признаков поименованных договоров не должно быть ни недостаточным, ни избыточным. В идеале рамки соответствующей договорной модели должны, покрывая очевидные «ядровые» договорные конструкции, расширяться ровно до тех пор, пока специальные императивные и диспозитивные нормы, принятые для адекватного регулирования этих «ядровых» договорных конструкций, остаются адекватными тем схожим договорам, которые под соответствующую модель могут подпадать. На каком-то этапе естественное нежелание без надобности плодить новые договорные модели начинает стоить обороту слишком дорого в силу роста случаев неадекватности применяемого специального правового регулирования природе востребованной в обороте сделки. И тогда расширение рамок поименованной модели должно быть остановлено, и возникают основания для признания нового непоименованного договора. Споры о квалифицирующих признаках поименованного договора направлены именно на эту динамику по расширению и сужению указанных рамок и косвенно определяют частоту признания судами непоименованных договоров.

Во-вторых, из вышесказанного вытекает, что правовая система, которая хочет подавить договорную свободу, будет иметь склонность признавать многие специальные нормы с неопределенным функциональным статусом не диспозитивными и не квалифицирующими, а императивными. Непризнание спорной нормы в качестве квалифицирующей будет снижать количество квалифицирующих признаков поименованного договора и расширять его рамки. А значит, большее число заключаемых договоров будет оказываться на соответствующей уже известной правоприменителю «полке пандектного шкафа» и подчиняться набору специальных императивных норм. Правовая система с более либеральным подходом в сфере автономии воли сторон не будет склонна без серьезных политико-правовых оснований признавать спорные специальные нормы в качестве императивных, а будет стремиться давать им диспозитивную или квалифицирующую интерпретацию. И в той и в другой ситуации при противоречии договора такой норме автономия воли будет сохранена, но в последнем случае — ценой признания ряда схожих по своей природе договоров непоименованными.

На наш взгляд, либеральный вариант является при прочих равных более предпочтительным как вытекающий из базовой конституционной презумпции свободы договора. Тем не менее императивная квалификация также в ряде случаев вполне возможна, если того требуют очевидные политико-правовые соображения (защита слабой стороны договора, публичного интереса или интересов третьих лиц).

## **§ 4. Принципы правового регулирования непоименованного договора**

### **Применение общих норм о сделках, обязательствах и договорах**

По вопросу о правовом регулировании непоименованных договоров, казалось бы, не должно иметься каких-либо сомнений. Судя по доступным нам источникам, в большинстве стран основной принцип регулирования таких договоров состоит в том, что к ним напрямую применяются лишь общие положения о сделках, обя-

зательствах и договорах, в то время как специальные нормы о поименованных договорах могут применяться лишь по аналогии закона. Когда Д.И. Мейер отмечал, что непоименованные («безымянные») договоры регулируются исключительно общими положениями законодательства о договорах<sup>59</sup>, а И.Б. Новицкий, соглашаясь с приоритетом общих положений обязательственного права, упоминал возможность применения специальных норм о сходных поименованных договорах только по аналогии закона<sup>60</sup>, их высказывания отражали позицию, которая является абсолютно доминирующей во всех развитых странах как минимум со времен дифференциации норм договорного права на общие и специальные положения.

Тем не менее этот подход (применение общих норм о сделках, обязательствах и договорах в автоматическом порядке и применение специальных норм о поименованных договорах только по аналогии закона) был почему-то поставлен под сомнение некоторыми советскими и российскими цивилистами. Так, М.И. Брагинский полагает, что к непоименованным договорам необходимо применять прежде всего нормы о сходном типе поименованных договоров и только при их отсутствии — общие нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры и обязательства<sup>61</sup>. По мнению О.Ю. Скворцова, к отношениям, вытекающим из непоименованных договоров, применяются в первую очередь те условия, которые сформулировали сами стороны; в случае отсутствия таких условий — нормы ГК РФ, регулирующие сходные договорные типы; и только в последнюю очередь — общие нормы обязательственного права<sup>62</sup>. Д.В. Огородов и М.Ю. Чельшев также исходят из того, что к непоименованным договорам должны в первую очередь применяться специальные нормы о сходном поименованном договоре<sup>63</sup>. Видимо, близкой точки зрения придерживался и О.С. Иоффе, который отмечал, что «когда формируется не противоречащее закону, но и не предусмотренное им договорное обязательство нового типа, его нормирование должно осуществляться по аналогии закона или в подлежащих случаях по аналогии права»<sup>64</sup>.

Эта позиция, на наш взгляд, в корне неверная. Во-первых, такой подход нелогичен, так как в значительной степени лишает смысла выделение непоименованных договоров. Какой смысл в квалификации договора в качестве непоименованного, если к нему будут применяться специальные нормы о похожем поименованном договоре? Ведь, как мы показали в приведенных выше примерах, у многих непоименованных договоров имеются близкие поименованные договорные конструкции. Если заключенный договор действительно является непоименованным и отступает от квалифицирующих признаков схожих поименованных договоров, он не может автоматически подчиняться специальным нормам о таких договорах.

---

<sup>59</sup> Мейер Д.И. *Русское гражданское право*. М., 2003. С. 500.

<sup>60</sup> Новицкий И.Б., Лунц Л.А. *Общее учение об обязательстве*. М., 1950. С. 103.

<sup>61</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право: Общие положения*. С. 409; Брагинский М.И. *Указ. соч.* С. 50–53.

<sup>62</sup> *Гражданское право: учеб.* Т. 1 / под ред. А.П. Сергеева. М., 2008. С. 844–845.

<sup>63</sup> Огородов Д.В., Чельшев М.Ю. *Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика*. 2007. № 3. С. 43–44.

<sup>64</sup> Иоффе О.С. *Обязательственное право*. СПб., 2004. С. 87.

Во-вторых, такой подход приводит к значительному и неадекватному подавлению договорной свободы. Это особенно настораживает в условиях, когда в силу закрепившейся в российском праве презумпции императивности в специальных нормах о поименованных договорах имеется огромное число случайных императивных норм. По сути, идея о приоритетном применении к непоименованному договору специальных норм о похожем поименованном договоре подрывает саму возможность заключения непоименованного договора. Ведь в специальном режиме близкого поименованного договора зачастую найдется немало императивных норм, которым будет, скорее всего, противоречить договор непоименованный. Последнее объяснимо в силу того, что непоименованный договор (если, конечно, он таковым является по существу) предусматривает принципиально иную структуру прав и обязанностей. Автоматическое применение вопреки этому императивных норм о схожих поименованных договорах связывает участникам оборота руки и блокирует поступательное развитие договорной практики. Применение специальных норм возможно лишь в исключительном порядке и только посредством аналогии закона.

В-третьих, приоритетное применение специальных норм о схожих поименованных договорах ввергает правоприменение в неопределенность. Например, неясно, какой уровень необходимой «схожести» требуется для того, чтобы соответствующие нормы о поименованном договоре автоматически применялись к соглашению сторон. Кроме того, непонятно, как быть при наличии нескольких похожих поименованных договорных моделей.

В-четвертых, такой подход не соответствует и европейской традиции договорного права. Как уже отмечалось, в большинстве зарубежных стран и дореволюционном российском праве исходят и исходили из того, что если договор признан непоименованным, то это означает, что он регулируется именно общими положениями договорного и обязательственного права и специальные нормы о поименованных договорах к нему автоматически не применяются.

Таким образом, специальные нормы о поименованных договорах не должны применяться к непоименованному договору автоматически, без оценки их политико-правовой уместности в контексте договора с иной структурой прав и обязанностей и имеющих иную цель. Такую избирательность может обеспечить только применение принципа аналогии закона.

Поэтому стоит признать верной укоренившуюся в западном праве и поддержанную Д.И. Мейером и И.Б. Новицким идею, что основным источником регулирования непоименованных договоров являются общие нормы гражданского права о сделках, обязательствах и договорах. При таком подходе свобода сторон непоименованного договора определять его условия ограничена общими императивными нормами договорного права. Правда, вряд ли вслед за этими авторами стоит вводить абсолютно жесткую иерархию источников регулирования непоименованного договора.

Дело в том, что в двух случаях приоритетное применение специальных законодательных норм о поименованных договорах действительно может стать возможным. Речь идет, во-первых, об аналогии закона, а во-вторых, о последствиях признания того факта, что заключение непоименованного договора представляет собой злоупотребление правом в форме обхода закона.

## **Применение к непоименованному договору специальных норм о поименованных договорах по аналогии закона**

Каждому юристу известна проблема неполноты любого контракта. Стороны не в состоянии в договоре разрешить все возможные вопросы, которые всплывут в рамках их взаимоотношений. При этом диспозитивные правила общей части ГК РФ далеко не всегда будут содержать нужную норму для восполнения этого пробела. В этих условиях в силу ст. 6 ГК РФ аналогия закона вполне может в некоторых случаях оправдать применение тех или иных специальных диспозитивных норм к заключенному сторонами договору. Как правило, это будут диспозитивные нормы о договоре, чья структура прав и обязанностей или экономическая цель близки тому, что стороны зафиксировали или имели в виду в контракте. Но в принципе источником для аналогии закона могут оказаться просто удачные нормы в регулировании того или иного поименованного договора, регулирующие схожий вопрос в контексте соответствующего специального режима.

Например, законодательное регулирование договора купли-продажи в ГК РФ содержит множество диспозитивных норм, которые с точки зрения здравого смысла есть все основания применять и ко многим близким и даже не очень близким по своей правовой природе непоименованным договорам. Законодатель, «забыв» включить целый ряд важных норм в общее регулирование обязательственных и договорных отношений, «вспомнил» о них при формулировании норм о купле-продаже. Например, ст. 523 ГК РФ содержит указание на то, что односторонний отказ от договора поставки влечет расторжение договора с момента получения соответствующего извещения, в то время как общие положения российского ГК на этот счет пока молчат. Было бы странно запрещать применение данной нормы по аналогии к непоименованным договорам.

При этом, думается, применение специальных диспозитивных норм по аналогии закона к непоименованному договору может быть в ряде случаев оправданно и тогда, когда пробел в договоре может быть восполнен общими положениями обязательственного права. Это связано с тем, что в ряде случаев специальные нормы, установленные в отношении близкого по своей правовой природе поименованного договора, могут оказаться куда более адекватными сути отношений по заключенному договору, чем общие положения обязательственного или договорного права. Безусловно, применение аналогии закона в таких случаях будет явно противоречить ст. 6 ГК РФ, согласно которой аналогия закона возможна, только когда вопрос не урегулирован правом. В данном случае пробел закона отсутствует в силу наличия применимой общей нормы договорного права. Фактически приоритетное применение специальной нормы по аналогии закона в рассматриваемом случае предопределяется не столько пробелом закона, сколько политико-правовыми соображениями, указывающими на то, что специальная норма, установленная в отношении некоего поименованного договора, с политико-правовой точки зрения предпочтительнее для регулирования отношений по непоименованному договору, чем соответствующая общая норма. Тем не менее, несмотря на противоречие ст. 6 ГК РФ, такая аналогия закона как минимум *de lege ferenda* должна считаться возможной.

Более того, в исключительных случаях возможно применение по аналогии и специальных императивных норм. Законодатель в целях защиты тех или иных крайне

важных политико-правовых ценностей может включить императивное ограничение договорной свободы в регулирование некоего отдельного вида договора, не подозревая, что впоследствии оборот сформирует практику заключения близких по тем или иным признакам непоименованных договоров, применительно к которым политика права будет требовать применения той же самой императивной нормы. Оправдать такое решение *de lege lata* очень сложно, так как правило п. 1 ст. 6 ГК РФ дает суду возможность применять аналогию закона только тогда, когда вопрос не урегулирован в договоре, а применение императивной нормы нацелено на блокирование вполне очевидного волеизъявления сторон договора. В то же время вовсе исключать возможность такой не восполняющей пробел в договоре, а ограничивающей свободу договора аналогии закона как минимум *de lege ferenda* не стоит.

Например, когда недавно Пленум ВАС РФ признал товарную неустойку непоименованным способом обеспечения (что противоречит нашему вышеизложенному предложению считать такое соглашение разновидностью неустойки), он все же применил к ней специальную императивную норму ст. 333 ГК РФ о праве суда снизить неустойку из законодательного режима обычной неустойки (п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»). Этот пример показывает, что в принципе исключать возможность применения по аналогии закона специальных императивных норм не стоит.

Следует подчеркнуть, что применение к непоименованному договору по аналогии закона императивных норм в целях ограничения договорной свободы представляет собой аномалию. Даже если признать, что такой прием может быть реализован в условиях действующего законодательства, ясно, что он допустим только в самых исключительных случаях, когда политико-правовая необходимость применения соответствующей специальной императивной нормы к непоименованному договору не оставляет никаких сомнений. Суду должно быть абсолютно очевидно, что такое решение, выносимое де-факто вопреки букве ст. 6 ГК РФ, оправдано соображениями защиты интересов третьих лиц, публичных интересов или интересов слабой стороны договора.

Такого рода ограничивающая договорную свободу аналогия закона, думается, может быть, в частности, востребована в сфере защиты прав потребителей, где мы имеем устаревшее законодательство, предусматривающее ограничения договорной свободы только в отношении определенного закрытого перечня договоров (купли-продажи, подряда, оказания услуг). Перенос некоторых из таких императивных правил в область отношений, возникающих в связи с заключением между коммерсантом и гражданином, фактически выступающим в качестве потребителя, непоименованных договоров, нельзя исключать.

Российские суды проблему несовместимости ст. 6 ГК РФ и активного применения к непоименованным договорам специальных диспозитивных или императивных норм по аналогии, как правило, не замечают. Достаточно вспомнить вышеприведенный пример с позицией ВАС РФ о применении к признанному (ошибочно, на наш взгляд) непоименованному договору о размещении на конструктивных элементах здания рекламной продукции по аналогии всех норм о договоре аренды, включая императивную норму о необходимости государственной регистрации та-

кого договора, если он заключен на срок не менее одного года (п. 2 ст. 651 ГК РФ)<sup>65</sup>. Но это не повод данную проблему игнорировать в научной доктрине и при развитии национального законодательства и судебной практики в дальнейшем. В этой связи нам представляется не лишним в целях устранения очевидного несоответствия между потребностью в ряде случаев применить к непоименованным договорам специальные нормы о поименованных договорах по аналогии закона и редакцией ст. 6 ГК РФ внести в законодательство соответствующие коррективы.

## Непоименованные договоры и обход закона

Применение к непоименованному договору специальных норм о поименованных договорах может быть следствием признания того факта, что основной причиной заключения непоименованного договора являлась попытка недобросовестного обхода закона.

Дело в том, что за счет создания непоименованного договора стороны часто желают уйти от предусмотренной законом типичной для достижения данной цели договорной модели и соответствующего ей специального правового регулирования. В таких случаях стороны, имея под рукой некую поименованную договорную модель, но не мирясь с неудобством специального правового регулирования, пытаются заключить договор, направленный на ту же самую или близкую «до степени смешения» экономическую цель, но иначе структурировав свои права и обязанности. Если бы их не устраивали диспозитивные нормы, включенные в соответствующий режим конкретной поименованной договорной модели, проблемы бы не возникало: оставаясь в рамках этой модели, они могли бы урегулировать свои отношения по-другому. Но попытка «прыгнуть» в непоименованный договор объясняется часто именно тем, что помехи создают специальные императивные нормы.

И здесь, как уже отмечалось, ключевую роль играют квалифицирующие нормы. Если договор не противоречит соответствующим квалифицирующим нормам, но противоречит лишь той или иной императивной норме, попытка назвать соглашение каким-либо неологизмом (например, «договор инвестирования» вместо «договор купли-продажи будущей вещи») тщетна: суд должен применить к договору соответствующий специальный режим того или иного поименованного договора<sup>66</sup>. Но если стороны отошли от квалифицирующих норм, то это неизбежно вытесняет их сделку в разряд непоименованных, что позволяет им, казалось бы, спокойно отступать от специальных императивных норм. И в этом случае возникает логичный вопрос: всегда ли такого рода обходной маневр является легитимным?

В описанной выше инновационности как таковой нет ничего плохого. Многие современные поименованные договорные модели в свое время были непоименованными и формировались путем их выделения из более простых поименованных

---

<sup>65</sup> См. п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

<sup>66</sup> См. п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем».

договоров. Например, этот вывод, по-видимому, оправдан применительно к отделению факторинга от обычной уступки права требования, выделению договоров страхования из разряда сделок игр и пари, к появлению в обороте договоров лизинга, к распространению в праве Германии обеспечительной передачи права собственности вместо использования конструкции посессорного залога и к судьбе возникновения многих других ныне уже поименованных или признаваемых судами непоименованными договорных конструкций. Поэтому было бы неверно заранее клеймить все попытки участников оборота за счет заключения непоименованного договора достичь той же экономической цели, которую ранее было принято достигать путем использования какой-либо поименованной договорной конструкции, за счет принципиального изменения структуры договорных отношений и объявлять их по определению недобросовестными. Если волеизъявление сторон действительно направлено на иную структуру прав и обязанностей, которая в том числе делает заключенный договор не соответствующим квалифицирующим признакам поименованной договорной модели, судам следует по общему правилу признать допустимость такой договорной «инновации». Развитие договорных форм в условиях бурно развивающегося оборота остановить нельзя, о чем нельзя забывать.

Однако в некоторых случаях создание таких непоименованных договорных конструкций с целью обхода «неудобного» закона будет представлять собой очевидное злоупотребление правом.

Е.Д. Суворов, опираясь на ряд догматических и компаративных соображений, выдвинул точку зрения, в соответствии с которой сделки, совершенные в обход закона, и притворные сделки суть два разных явления. И отличие это кроется в направленности воли. В первом случае стороны сделки желают именно тех последствий, которые в ней указаны, в то время как в случае притворности стороны «не желают этого притворного действия, а желают иного»<sup>67</sup>. Оставляя в стороне теоретические аспекты вопроса о необходимости разделения конструкций притворной сделки и сделки, заключенной в обход закона, отметим лишь, что в предлагаемой в рамках реформы ГК РФ новой редакции ст. 10 Кодекса понятие обхода закона вводится в качестве разновидности злоупотребления правом. Однако ни в действующем законодательстве, ни в рамках проекта реформы ГК РФ не фиксируется последствие злоупотребления свободой договора в форме обхода закона. В то же время норма п. 2 ст. 170 ГК РФ о последствиях заключения притворной сделки предусматривает такое последствие, как непосредственное применение норм о той сделке, которую стороны действительно имели в виду. Это же последствие должно применяться и к тем случаям, когда речь идет о такой форме злоупотребления правом, как обход закона, если российская правовая система решит окончательно эти институты разделить. Было бы разумно, если наша правовая система идет на этот шаг, но почему-то забывает зафиксировать последствия заключения сделки в обход закона, применять в этих целях с некоторыми терминологическими модификациями правило о последствиях заключения притворной сделки по аналогии. При таком подходе мы получаем следующее правило: при злоупотреблении свободой договора в форме недобросовестного обхода закона (в частности, обхода специального законодательного режима поименованной договорной модели) к заключенному сторонами договору будет применяться тот специальный законодательный режим, который они намеревались обойти. В случае если в этом специальном законодательном режиме

---

<sup>67</sup>

См.: Суворов Е.В. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М., 2008. С. 163.

обходимой договорной модели присутствуют императивные нормы, они ограничивают свободу заключенного договора. Соответственно, договор, противоречащий таким нормам, в этом случае признается недействительным в целом или в части.

Но тут возникает сложнейший вопрос: как определить, в каких случаях мы имеем дело со здоровой инновацией в области договорных моделей, а в каких — со злоупотреблением правом в форме обхода закона? Думается, ответ на этот вопрос не лежит в области субъективных намерений сторон. В итоге в обоих случаях стороны хотят обойти неудобные императивные нормы за счет иного структурирования договорных правоотношений. Но в одном случае право такие попытки должно пресекать, а в других нет. На наш взгляд, ответ лежит исключительно в области политики права.

Если суды сталкиваются с действительно непоименованным договором, т. е. таким контрактом, который явно отступает от квалифицирующих признаков некоей похожей поименованной договорной модели, они должны оценить политико-правовую приемлемость выведения этого соглашения из-под действия специальных императивных норм, установленных в отношении данного поименованного договора. По общему правилу сам факт такого отступления не фатален, если договор является действительно непоименованным. Новая структура прав и обязанностей, установленная сторонами непоименованного договора, по общему правилу отсекает возможность применения специальных императивных или диспозитивных норм. Но в некоторых случаях комплекс этих императивных норм настолько важен, что право считает возможным любой договор, нацеленный на ту же самую или близкую цель, подчинить таким нормам. Если речь идет о какой-то отдельной норме, обход которой нельзя допустить с точки зрения политики права, суды могут решить проблему, не отменяя законность непоименованного статуса такого договора, а применяя данную специальную императивную норму по аналогии закона. Но в ряде случаев речь идет о политико-правовой недопустимости обхода не отдельной нормы, а всего комплекса императивных норм, установленных в законе в отношении поименованного договора. И в таких случаях суды, видимо, могут обращаться к доктрине недобросовестного обхода закона и применять ко всему заключенному сторонами договору весь правовой режим обходимой поименованной договорной модели, по сути, отменяя непоименованный статус договора.

При таком подходе суд ради серьезных политико-правовых целей осмысленно идет на ограничение разнообразия договорных форм и упрощение оборота. Вполне очевидно, что сколько-нибудь интенсивно такая регулятивная стратегия применяться в современном мире не может. Но исключать саму возможность ее реализации не стоит.

Этот алгоритм требует от судов внимательного анализа политики права и взвешенного, контексториентированного подхода к вопросу о целесообразности ограничения договорной свободы. Возьмем для примера российское законодательное регулирование договора залога, которое в качестве квалифицирующего признака залога указывает на то, что залогодержатель при нарушении залогодателем своих обеспечиваемых залогом обязательств получает «удовлетворение из стоимости заложенного имущества» (п. 1 ст. 334 ГК РФ), а также недвусмысленно подразумевает, что сам предмет залога остается в собственности у залогодателя как минимум до момента обращения на него взыскания. На практике возникла проблема

законности такого непоименованного способа обеспечения, как обеспечительная передача права собственности. В рамках такого договора должник в качестве обеспечения своего обязательства передает кредитору титул собственника на то или иное имущество, а кредитор обязуется осуществить обратное отчуждение права собственности на этот актив в случае погашения обеспечиваемого обязательства. В случае же непогашения долга кредитор вправе отказаться от договора и окончательно оставить предмет обеспечения за собой (или продать его во внесудебном порядке). Похожая договорная модель признана в Германии, где отсутствие законодательного регулирования непосессорного залога спровоцировало распространение в обороте таких «титульных обеспечений»<sup>68</sup>, и некоторых иных странах и иногда используется в России. Судебная практика, судя по всему, пока не определилась в вопросе о природе и самой допустимости таких договоров<sup>69</sup>. Какое же решение является наиболее разумным: признание такого договора непоименованным или реализация той или иной формы блокирования договорной свободы?

Прежде чем разобраться в этом вопросе, попытаемся найти ответы на промежуточные вопросы.

Является ли такой договор непоименованным? Безусловно, да. Такой ответ предопределен тем, что соглашение об обеспечительной передаче права собственности явным образом не соответствует квалифицирующим признакам залога, не укладывается ни в одну другую поименованную договорную конструкцию, и при этом ГК РФ прямо указывает на возможность использования сторонами непоименованных способов обеспечения (п. 1 ст. 329 Кодекса)<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Подробнее см.: Сарбаи С. В. Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1. С. 7–93.

<sup>69</sup> В судебной практике имеются как примеры нейтрального отношения к такой договорной конструкции (см. постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10.11.2003 № Ф04/5756-657/А81-2003), так и примеры ее неприятия (см. постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 02.03.2005 № А19-14857/04-47-Ф02-73/05-С2). Судебной практики пока недостаточно много, чтобы можно было сделать тот или иной твердый вывод о наличии некой однозначной тенденции.

<sup>70</sup> Следует признать, что российское законодательство признает ряд институтов, функционально родственных институту обеспечительной передачи собственности. Здесь можно вспомнить, что в 2009 г. российское законодательство зафиксировало правовое регулирование договоров репо ценных бумаг (ст. 51.3 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»). Согласно таким договорам одна сторона продает другой стороне ценные бумаги за определенную цену, а по прошествии определенного срока обязана выкупить эти же бумаги по более высокой цене. По сути, такая сделка нацелена на ту же экономическую цель, что и кредитование под залог ценных бумаг, а соответствующая разница в ценах продажи и обратной покупки ценных бумаг представляет собой аналог процентов по кредиту. При этом нетрудно увидеть, что стороны такого договора создают принципиально иную структуру прав и обязанностей, чем та, которая вытекает из кредита под залог ценных бумаг (право собственности на ценные бумаги передается кредитору заранее, а в случае отказа от обратного выкупа они остаются у него в собственности). Все это означает, что поименованный ныне договор репо фактически структурирует кредит с обеспечительной передачей прав на ценные бумаги. Кроме того, очевидные признаки признания позитивным правом инструментов так называемого титульного финансирования (финансирования, обеспечением по которому является передача собственности) присутствуют и в том, что российский ГК прямо признает договоры лизинга с правом выкупа, обеспечительного факторинга и оговорку об удержании правового титула в купле-продаже (ст. 491 Кодекса). Но наличие законодательного регулирования договоров репо и указанных выше близких конструкций отнюдь не исключает постановку вопроса о том, возможно ли использование обеспечительной передачи права собственности вместо классического залога за рамками этих сфер *de lege lata*, и обсуждение допустимости сохранения этих договорных конструкций в качестве альтернатив залого *de lege ferenda*.

Направлен ли такой договор на цели, близкие тем, которые обычно преследуют стороны договора залога? Очевидно, да. Анализ истории и состояние современного зарубежного гражданского права доказывают, что обеспечительная передача права собственности и непосessorный залог являются альтернативными и даже в некотором смысле конкурирующими способами обеспечения. Они принципиально отличаются с точки зрения структуры прав и обязанностей сторон, но имеют схожую функциональную направленность.

Направлено ли использование такой конструкции, как обеспечительная передача права собственности, на обход специальных норм о залоге? Безусловно, да. Ее распространение в обороте есть признак неудовлетворенности кредиторов тем правовым режимом, который им предоставляет залоговое право. Вариант обеспечительной передачи права собственности дает кредитору больший объем прав (особенно если по условиям договора кредитор застрахован от снижения рыночной стоимости предмета обеспечения оговоркой об обязанности должника покрыть разницу между номиналом долга и текущей рыночной ценой предмета обеспечения на момент отказа от договора). Такое мощное обеспечение (при отсутствии в законе или договоре положений об ином) позволяет кредитору присвоить себе предмет обеспечения вместо соблюдения процедуры обращения взыскания и без необходимости возвращать разницу между текущей рыночной ценой на данный предмет и размером непогашенного долга<sup>71</sup>. Кроме того, такая договорная конструкция значительно улучшает положение кредитора в случае банкротства должника. Последнее связано с тем, что при банкротстве предмет обеспечительной передачи права собственности не входит в конкурсную массу должника. Если бы не указанные выше и некоторые иные преимущества, сторонам, видимо, не было бы никакого смысла избегать использования классического института залога. Соответственно, использование обеспечительной передачи права собственности в качестве непоименованного способа обеспечения предопределено нежеланием подчиняться не вполне удобным для кредитора правилам о залоге.

Остается ответить на последний, ключевой вопрос: можно ли данный случай договорной инновации посредством заключения непоименованного договора обеспечительной передачи права собственности расценивать как злоупотребление правом в форме обхода закона? В науке этот вопрос носит спорный характер. Одни авторы исходят из допустимости такой конструкции<sup>72</sup>, другие же выражают определенные сомнения или выступают категорически против<sup>73</sup>.

В настоящей статье мы не намерены давать однозначный ответ на этот крайне сложный вопрос, который является предметом недавних законодательных реформ в целом ряде стран (например, Франции) и активных научных дискуссий во всем мире. Отметим лишь, что ответ на этот вопрос не может быть найден исключительно

---

<sup>71</sup> Покровский И.А. *История римского права*. М., 2004. С. 213.

<sup>72</sup> *Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С.С. Алексеева. Исследовательский центр частного права. Уральский филиал. Российская школа частного права. Уральское отделение*. М., 2000. С. 193–206.

<sup>73</sup> Гонгало Б.М. *Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики*. М., 2004. С. 50; Сарбаш С.В. *Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права*. 2008. № 1. С. 7–93; *Интервью Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ профессора А.А. Иванова // Закон*. 2006. № 12.

но на основе каких-либо исторических и догматических соображений. Например, не принципиально, признавали или все-таки не признавали такой институт римские юристы. В такого рода коллизиях ключевое значение имеет то, не влечет ли такая инновация возникновение настолько серьезных политико-правовых проблем, что это очевидно перевешивает конституционную ценность договорной свободы. Применительно к данному случаю можно говорить о наличии таких проблем. Это и проблема так называемых негативных экстерналий, проявляющаяся в прямом ущемлении прав не участвующих в данном договоре других кредиторов должника, которые, в отличие от случая залога, в принципе теряют какие-либо шансы на удовлетворение хотя бы части своих требований из стоимости предмета обеспечения, и ряд иных проблем. Вопрос о том, насколько эти издержки носят критический характер, требует дополнительного изучения.

Не предопределяя ответа на этот политико-правовой вопрос, отметим лишь, что признание заключения непоименованного договора на предоставление в обеспечение титула собственника злоупотреблением правом в форме обхода закона (если российское право придет именно к такому ответу) должно влечь не ничтожность соглашения в целом, а применение к нему обходимого режима залога. Тут следует сделать одно уточнение. С учетом отмеченных издержек как минимум заслуживающим серьезного рассмотрения является такой вариант, при котором само право на заключение такого непоименованного договора будет признано, но в ряде ключевых аспектов к нему будут применены по аналогии некоторые императивные нормы из законодательного режима залога. Например, можно рассматривать возможность применения к обеспечительной передаче права собственности правила об обязанности вернуть должнику соответствующую ценовую разницу, а также рассматривать в случае банкротства должника выбывшее из его собственности имущество в качестве элемента его конкурсной массы с предоставлением обеспеченному кредитору статуса залогового кредитора. Таким образом, право может, грубо не вторгаясь в сферу автономии воли сторон и уважая выбор сторон, воздержаться от признания самого договора направленным на обход закона, но все же в ряде ключевых вопросов приравнять режимы обеспечительной передачи права собственности и залога посредством точечной аналогии закона. Этот пример демонстрирует, что при анализе допустимости обхода императивных норм, включенных в регулирование поименованных договоров, за счет заключения непоименованных договоров судам следует очень внимательно анализировать весь комплекс политико-правовых факторов и с учетом этого оценивать целесообразность ограничения права сторон на заключение непоименованных договоров. Возможность такого ограничения не может быть исключена, но должна осуществляться крайне осторожно и на основе четкого осознания тех ценностей и интересов, которые такое ограничение обеспечивает. При этом часто у судов может иметься выбор между блокированием самой возможности заключения непоименованного договора и тотального подчинения заключенного договора всему законодательному режиму некоего близкого поименованного договора в рамках применения доктрины недобросовестного обхода закона, с одной стороны, и точечным применением отдельных специальных императивных норм по аналогии закона — с другой. Последний вариант носит более щадящий по отношению к договорной свободе характер и, видимо, должен считаться приоритетным решением. Тем не менее не следует вовсе исключать и более жесткую реакцию в форме применения доктрины недобросовестного обхода закона.

## Некоторые промежуточные итоги

Хотя идея о том, что непоименованный договор подчиняется в первую очередь общим нормам обязательственного и договорного права, и является по общему правилу верной, как мы показали, на самом деле ситуация сложнее. В ряде случаев специальные диспозитивные нормы о поименованном договоре могут оказаться применимыми в силу аналогии закона для заполнения пробела регулирования или в ситуации, когда очевидно, что специальная диспозитивная норма регулирует соответствующий вопрос значительно адекватнее, чем общая норма договорного права. Специальная же императивная норма может также оказаться применимой к непоименованному договору, когда такая аналогия закона предопределена крайне убедительными политико-правовыми соображениями, или применение комплекса специальных императивных норм является следствием использования непоименованного договора в целях недобросовестного обхода закона.

Принцип подчинения непоименованного договора общим положениям об обязательствах и договорах и, соответственно, неприменения специальных норм о поименованных договорах носит характер опровержимой презумпции. В ряде случаев эта презумпция может быть преодолена и к непоименованному договору могут быть в приоритетном порядке применены специальные правила о поименованных договорах. При этом суд, отступающий от установленной выше базовой презумпции, должен привести в обоснование своего решения убедительные аргументы (преимущественно политико-правовые). При их отсутствии применение к обоснованно признанному непоименованным договору специальных норм следует считать незаконным.

Подытоживая, заметим: чтобы избавиться от лишних сомнений, в законодательстве (например, ст. 421 ГК РФ) было бы разумно указать на то, что императивные и диспозитивные нормы закона, установленные в отношении поименованных договоров, к непоименованным договорам не применяются, если иное очевидно не следует из существа правоотношений и целей законодательного регулирования. Эта норма, с одной стороны, подтвердила бы очевидную презумпцию того, что по общему правилу непоименованные договоры подчиняются общим императивным и диспозитивным нормам обязательственного и договорного права, и при этом дала бы судам понять, что искусственное «притягивание» к такому договору законодательного режима поименованных договоров нежелательно. С другой же стороны, она допустила бы в порядке исключения применение судами специальных императивных и диспозитивных норм из законодательного регулирования близкого поименованного договора по аналогии закона или в целях блокирования недобросовестного обхода закона, обусловив такую возможность наличием веских политико-правовых оснований. Помимо прояснения порядка применения общих и специальных норм к непоименованным договорам такая новелла сняла бы отмеченное выше противоречие применения специальных норм к непоименованному договору по аналогии закона вопреки иерархии, установленной в ст. 6 ГК РФ.

Следует отметить, что такая идея в несколько усеченной форме отражена и в опубликованном проекте реформы ГК РФ. Согласно предлагаемой поправке в ст. 421 ГК РФ предлагается указать, что «к договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами... правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются»<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup>

URL: <http://www.privlaw.ru>.

## § 5. Запрет на заключение непоименованных договоров

Как мы показали выше, право не должно блокировать любые попытки сторон выработать новую структуру прав и обязанностей под эгидой непоименованного договора даже тогда, когда конечная экономическая цель такой сделки близка той, на которую обычно бывает направлен некий поименованный договор, или совпадает с ней. В таком случае обход отдельных императивных норм может быть как допущен, так и заблокирован в зависимости от конкретных обстоятельств и оценки комплекса политико-правовых факторов. Но в некоторых случаях при особой политико-правовой необходимости законодатель, предвидя и желая *ex ante* пресечь возможные обходы закона посредством использования иных поименованных или непоименованных договорных конструкций, может сделать саму поименованную договорную модель строго императивной и объявить недействительными любые попытки сторон достигать тех экономических целей, которые законодательство предполагает достигать посредством конкретной структуры прав и обязанностей некоего поименованного договора, путем заключения любых непоименованных договоров<sup>75</sup>. Иначе говоря, законодатель в ряде случаев может предоставить тому или иному поименованному договору своего рода монопольный статус и тем самым ограничить естественную конкуренцию и развитие договорных моделей.

В некоторых случаях политико-правовая опасность инноваций в области договорных моделей настолько очевидна, что законодатель может прямо и бесповоротно их запретить и лишить участников оборота возможности конструировать непоименованные договорные модели для достижения тех целей, которые, по мнению законодателя, надлежит достигать исключительно в рамках структуры прав и обязанностей некоего поименованного договора.

Такие радикальные меры должны быть оправданы серьезными политико-правовыми соображениями: защита слабой стороны договора, интересов третьих лиц или публичных интересов. При этом подобного рода принуждение участников оборота к оформлению своих договорных правоотношений лишь в рамках некой поименованной договорной модели может допускаться только в исключительных случаях. В отсутствие очевидного политико-правового интереса законодатель и суды не должны столь радикально вмешиваться в договорные отношения сторон и пытаться заранее исключить возможность заключения непоименованных договоров, нацеленных на достижение тех экономических целей, в отношении которых в позитивном праве имеется готовая поименованная договорная модель.

Классический пример, видимо, оправданного использования такого *ex ante* блокирования — нормы п. 2, 2.1 и 2.2 ст. 1 действующей редакции Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 214-ФЗ), согласно которым все договоры с гражданами, нацеленные на отчуждение прав на жилье в многоквартирных домах на стадии строительства, должны оформляться именно

<sup>75</sup> На возможность таких случаев указывает, в частности, В.В. Витрянский (см.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / под ред. В.Д. Карповича. М., 1999. С. 547).

как договоры участия в долевом строительстве, а также в виде нескольких иных прямо предусмотренных в этой норме сделок; гражданам дано право оспаривать договоры, заключенные с этой целью по иным договорным моделям, и предусмотрена административная ответственность компаний, привлекающих средства граждан в обход императивно предписанных договорных моделей.

Следует признать в целом логичным этот прием законодателя. Закон № 214-ФЗ, принятие которого было реакцией на злоупотребления строительных компаний в их отношениях с потребителем как очевидно слабой стороной договора, предписывает ряд императивных правил, нацеленных на защиту интересов последнего при приобретении им строящегося жилья. Неограниченная свобода заключения непоименованных договоров или использования комбинации иных поименованных договорных конструкций (предварительный договор со 100-процентным задатком, «вексельные схемы» и т. п.) в указанной сфере приводила бы к тому, что сильная сторона договора (застройщик) просто лишала бы граждан этих гарантий, предлагая им заключить тот или иной непоименованный договор (или комбинации некоторых иных поименованных договоров), а де-факто просто навязывая им эту модель.

## **§ 6. Проблемы признания непоименованных договоров в российской судебной практике**

В настоящее время в условиях, когда российская наука и судебно-арбитражная практика демонстрируют множество примеров настроенного отношения к принципу свободы договора, не удивительно, что наблюдается и подозрительное отношение судов к непоименованным договорам как одному из проявлений указанного принципа. Суды обычно готовы мириться с существованием таких договоров до тех пор, пока это не препятствует им решать дела по привычной схеме. Но если вопрос о квалификации договора становится одним из основных в процессе и при этом имеется некая поименованная договорная конструкция, близкая тому, на что была направлена воля сторон, суды часто отдают предпочтение квалификации договора в качестве поименованного.

Суды в странах континентально-европейского права в целом стремятся втиснуть заключенный договор в разряд той или иной поименованной конструкции, чтобы подвести его под четкое правовое регулирование. Это стремление по возможности втянуть контракт в разряд поименованных вполне понятно, когда речь идет о стране с кодифицированным регулированием договорных отношений, подразумевающим специальные нормы в отношении отдельных видов поименованных договоров. Такая тактика позволяет судам быстро сформировать референтное поле, помещенное внутрь которого заключенного сторонами договора позволяет легко найти ответы на возникшие в рамках рассматриваемого спора вопросы. Как уже отмечалось, эта же тенденция отмечалась и применительно к практике дореволюционных российских судов и, думается, свойственна и другим странам с пандектной системой законодательного регулирования договорных отношений.

Судам куда проще анализировать вопрос в контексте некоего устоявшегося института, чем разрешать спор с чистого листа, не имея под рукой детального регулиро-

вания этого договора. Для того чтобы разрешить спор на основании непоименованного договора, суду необходимо на порядок больше интеллектуальных усилий (требуется выявить цель сделки, индуцировать из нее абстрактные представления о нормальной структуре прав и обязанностей по такому договору, исключить возможность заключения договора в явно противоправных целях и т. п.). Поэтому без серьезных оснований (в частности, при отсутствии очевидного несоответствия условий договора квалифицирующим признакам договора поименованного) суды признавать договор непоименованным не станут и будут стремиться в первую очередь поместить спорный договор на ту или иную «полку» пандектной систематики поименованных договорных моделей.

Но в российских реалиях эта закономерность иногда приобретает нездоровый характер. Интенсивность, с которой российские суды и ученые иногда втискивают нестандартное соглашение сторон в прокрустово ложе поименованных договорных моделей, зачастую неоправданно высока. При этом стремление российской науки и судебной практики при малейшем поводе квалифицировать договор в качестве поименованного обходится сторонам очень дорого. Дело в том, что в условиях господства жесткой презумпции императивности норм договорного права в специальном регулировании соответствующей поименованной договорной модели оказывается куда большее число императивных норм, чем в праве развитых зарубежных стран. Ошибочное втискивание заключенного непоименованного договора в рамки некоего функционально похожего, но с точки зрения структуры договорных отношений отличного поименованного договора приводит в российских реалиях к ничтожности договора или отдельных его условий куда чаще, чем это может иметь место в зарубежном праве.

Истоки этой повышенной «силы тяги», которая прилагается для затягивания договоров в разряд поименованных, возможно, в колоссальной перегрузке российской судебной системы. В условиях, когда судья часто не имеет времени для вдумчивого анализа сути спора, ему особенно неудобна квалификация договора в качестве непоименованного. Она предполагает отсутствие применимого сколько-нибудь детального регулирования данного договора и вынуждает оценивать его адекватность с чистого листа. Конечно, у суда остаются под рукой общие нормы договорного права, но разрешение договорного спора без применимого специального законодательного регулирования требует от суда большего погружения в детали, а значит, и времени.

Кроме того, причина, видимо, еще и в том, что постсоветское и сугубо императивное мышление многих юристов, не в полной мере осознавших ценность принципа «разрешено все то, что прямо не запрещено», часто противится признанию того, что стороны вправе заключать договоры, прямо не предусмотренные в законодательстве. Когда такие договоры не имеют ничего общего с поименованными договорными конструкциями, сложно бросать вызов кодифицированной идее о свободе непоименованных договоров. Но когда непоименованный договор близок по структуре прав и обязанностей или своим целям к неким поименованным договорам, судам и юристам нередко мерещится злонамеренный вызов авторитету законодательства. Вместо того чтобы расценить конкретные специальные нормы, которым противоречит заключенный договор, в качестве квалифицирующих (и тем самым зафиксировать непоименованный статус такого договора), признать

их диспозитивными или подвергнуть расширительной интерпретации (и тем самым сохранить свободу договора в рамках данной поименованной договорной модели), российские суды неоправданно расширяют рамки поименованных договорных моделей, заталкивают договоры в колею поименованных и, интерпретируя соответствующие нормы в качестве императивных, признают подобные договоры недействительными в целом или в части.

В частности, немалые проблемы в российской судебной практике возникают с непоименованными способами обеспечения. Например, имеется большое количество дел, в которых суды вопреки сделанным нами выше выводам долгое время признавали недействительной товарную неустойку только на том основании, что норма п. 1 ст. 330 ГК РФ предусматривает ее денежный характер. Вместо того чтобы признать денежный характер обязательства по уплате неустойки квалифицирующим признаком соглашения о неустойке и, соответственно, зафиксировать непоименованный статус соглашения о товарной неустойке или дать этой норме расширительную интерпретацию и включить товарную неустойку в рамки института неустойки, многие суды без каких-либо сомнений почему-то рассматривали данную норму как императивную. В результате соглашение о товарной неустойке, в остальном вписывающееся в «конструктив» института неустойки, оказывалось, по мнению многих судов, ничтожным как противоречащее императивным нормам закона<sup>76</sup>. Эта ситуация изменилась только в конце 2011 г. с изданием постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 7). Целый ряд других примеров обсуждался выше (здаток по предварительному договору, заем бездокументарных ценных бумаг и т. п.).

Список проблемных случаев такого рода может быть расширен и за счет примеров непризнания судами договоров абонентского типа, в рамках которых фиксированная периодическая плата вносится за право требовать от другой стороны осуществления предоставления в неограниченном или ограниченном договором объеме и не зависит от реализации управомоченной стороной своего права затребовать товары, работы или услуги в отчетный период. По такой модели в обороте заключается множество договоров, в том числе, например, абонентские договоры на юридическое сопровождение, абонентские тарифы услуг сотовой связи, шведский стол в ресторане, абонентские договоры на ремонт оборудования и техническую поддержку сайтов и т. п. К сожалению, российские суды далеко не всегда осознают специфику абонентской договорной конструкции (а по сути, абонентской вариации тех или иных поименованных договорных моделей) и нередко отказывают во взыскании фиксированного платежа при отсутствии доказательств фактического осуществления истцом соответствующего встречного предоставления в отчетный месяц, тем самым неоправданно игнорируя специфику такой договорной конструкции и помещая такие договоры в рамки стандартного договора возмездного оказания услуг или выполнения работ<sup>77</sup>. Безусловно, такой подход ни в коем случае нельзя поддержать<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> См., напр., постановления ФАС Поволжского округа от 04.11.1999 № А12-4100/99-С6, от 05.10.2000 № А12-4532/00-С27 и от 20.09.2004 № А55-15369/03-2.

<sup>77</sup> См. определение ВАС РФ от 10.04.2008 № 4507/08.

<sup>78</sup> В рамках опубликованного в 2012 г. проекта реформирования ГК РФ конструкцию абонентского договора предлагается сделать поименованной (URL: <http://www.privlaw.ru>).

Проявления тенденции негативного отношения к самой возможности заключения непоименованных договоров и нестандартных договорных конструкций можно найти и в практике Конституционного Суда РФ (далее — КС РФ). В постановлении, посвященном действительности так называемых гонораров успеха в договорах на оказание правовых услуг, Суд указал следующее: «Давая нормативную дефиницию договора возмездного оказания услуг, федеральный законодатель в пределах предоставленной ему компетенции и с целью определения специфических особенностей данного вида договоров, которые позволяли бы отграничить его от других, в пункте 1 статьи 779 ГК Российской Федерации предметом данного договора называет совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности исполнителем. Определяя исчерпывающим образом такое существенное условие договора, как его предмет, федеральный законодатель не включил в понятие предмета договора возмездного оказания услуг достижение результата, ради которого он заключается. Выделение в качестве предмета данного договора совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности обусловлено тем, что даже в рамках одного вида услуг результат, ради которого заключается договор, в каждом конкретном случае не всегда достижим, в том числе в силу объективных причин. Следовательно, заключая договор возмездного оказания услуг, стороны, будучи свободны в определении цены договора, сроков его исполнения, порядка и размера оплаты, вместе с тем не вправе изменять императивное требование закона о предмете данного договора»<sup>79</sup>. Таким образом, по мнению КС РФ, предмет договора, а вместе с ним и соответствующая модель поименованного договора являются императивными и не подлежат изменению сторонами договора.

Если бы КС РФ просто указал на запрет гонораров успеха в договорах на оказание правовых услуг по политико-правовым причинам, это постановление было бы куда менее уязвимо. Но вместо этого Суд решил мотивировать свое решение еще и сугубо цивилистическим образом, поставив под сомнение право сторон заключать договоры, в которых предмет договора охватывает не столько совершение исполнителем некоторых действий по оказанию услуг, сколько достижение определенного в договоре результата. При этом никаких серьезных политико-правовых соображений нельзя выдвинуть в пользу столь масштабного ограничения такого проявления конституционного принципа договорной свободы. Если о допустимости гонораров успеха действительно можно спорить и выдвигать политико-правовые аргументы за и против, то вполне очевидно, что нет никаких причин считать незаконным условие договора, например, на оказание аудиторских услуг, ставящее оплату услуг в зависимость от предоставления итогового аудиторского заключения. Более того, даже при жесткой интерпретации договора на оказание услуг как направленного исключительно на «приложение максимальных усилий» право сторон заключать договор с включением в его предмет достижение результата (т. е., по сути, с иным предметом) не может быть ограничено в силу наличия законодательно признанного права заключать непоименованные договоры.

Признаки поддержки подозрительного отношения к непоименованным договорным конструкциям достаточно часто встречаются в литературе. Например,

<sup>79</sup> См. постановление КС РФ от 23.01.2007 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева».

Ю.В. Романец отмечает, что, поскольку предметом договора оказания медицинских услуг является врачебная деятельность, а не выздоровление пациента, стороны не вправе включать в договор условие об имущественной ответственности за необеспечение выздоровления или о том, что оплата будет произведена только в случае выздоровления<sup>80</sup>. Тот же автор далее отмечает, что стороны не вправе заключить договор безвозмездной комиссии, поскольку в соответствии со ст. 990 ГК РФ такое обязательство может быть только возмездным, а значит, законодатель не допускает правоотношений, в которых комиссионные услуги будут безвозмездны<sup>81</sup>. Как мы уже отмечали, ряд других авторов считают *de lege lata* невозможным заключать односторонний предварительный договор<sup>82</sup>.

Столь ограничительный подход к возможности заключения непоименованных договоров должен быть решительно отвергнут. Во-первых, такой подход предполагает, что существующая в законодательстве система договоров является совершенной. Последнее, как показывает исторический опыт, не соответствует действительности. Сам факт признания за сторонами права на заключение непоименованных договоров во всех правовых системах мира является свидетельством признания законодателем своего бессилия в создании идеальной и всеобъемлющей системы договоров «на все случаи жизни».

Во-вторых, такой подход выставляет систематику договоров в качестве самостоятельной ценности, имеющей приоритет перед интересами участников гражданского оборота, реализации которых она должна служить. Существующая в законодательстве система регулирования поименованных договоров не безусловная истина. Догматическая красота и стройность системы договоров является последним аргументом (если вообще является) при решении вопросов о пределах свободы договора. В-третьих, такой подход неизбирательно сдерживает динамику развития экономических отношений, увеличивая риски признания новых договорных конструкций недействительными. Модернизация экономики была бы затруднена в стране, правовая система которой отрицательно относится к практике заключения непоименованных договоров.

Соответственно, российское право должно повернуться лицом к непоименованным договорам, признать неизбежность и практическую пользу инноваций в области договорных моделей, а также избегать искусственного затягивания действительно новых договоров в рамки поименованных договорных моделей. Как уже отмечалось, право не должно исключать возможности ограничения свободы заключения непоименованных договоров при наличии веских политико-правовых причин. Но недопустимо превращение борьбы с отдельными злоупотреблениями в систематическое *ex ante* блокирование формирования непоименованных договорных конструкций.

---

<sup>80</sup> Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 81.

<sup>81</sup> Там же. С. 82.

<sup>82</sup> Белов В.А. Указ. соч. С. 699.