

ПОИМЕНОВАННЫЕ И НЕПОИМЕНОВАННЫЕ ДОГОВОРЫ В ПРАВЕ ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН



И. ДИКОВСКАЯ

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права
(Киевский национальный университет
имени Тараса Шевченко)

Право сторон частноправового договора заключать как поименованные, так и непоименованные договоры предусмотрено законодательством многих стран. Как известно, квалификация договора как поименованного обязывает его стороны придерживаться существующих по отношению к данному договорному виду императивных норм (например, относительно формы, существенных условий и т. д.), а также восполнять пробелы, существующие в договоре на основании диспозитивных норм, которые могут применяться к данному договорному виду.

Следует отметить, что проблемы поименованных и непоименованных договоров исследовали авторы разных времен и стран, например, Е. Батлер, профессор Т. Боднар, профессор И. Покровский, профессор И. Новицкий, профессор К. Осаке, профессор А. Карапетов, А. Савельев и другие ученые. Вместе с тем, вопросы, связанные с поименованными договорами, остаются дискуссионными и вызывают проблемы на практике, поэтому требуют новых исследований.

Целью данной статьи является анализ подходов к пониманию поименованных договоров в праве отдельных стран и правил, которые применяются к непоименованным договорам.

Явление, именующееся в современном праве «непоименованностью договора», известно еще со времен римского права, признававшим юридически действительными лишь те договоры, которые могли принадлежать к тому или иному типу, предусмотренному законом (*contractus*). Нетипичные договоры, даже если они не противоречат закону и добрым нравам, юридической силы не имели и были «голыми» соглашениями (*nuda pacta*) [1, 126]. Правда по истечении времени, как отмечает И. Новицкий, некоторые из них получили правовую защиту [2, 149].

Современные гражданские кодексы, как правило, не употребляют терминов «поименованные» и «непоименованные» договоры. Исключение составляют

© И. Диковская, 2013

гражданские кодексы Луизианы (США)¹ и канадской провинции Квебек. Так, раздел II Книги V Гражданского кодекса (далее — ГК) Квебека называется «Поименованные договоры» и содержит нормы, регулирующие 18 договорных типов [4]. Однако определение понятия «поименованный договор» в ГК Квебека не содержится. Статья 1914 ГК Луизианы определяет поименованные договоры как «имеющие специальное название, например, продажа, аренда, ссуда или страхование. Непоименованными являются договоры, не имеющие специального обозначения» [5].

В цивилистической доктрине Греции считается, что поименованными договорами являются договоры, которые регулируются специальными положениями ГК. И, соответственно, непоименованными считаются договоры, которые не урегулированы специальными нормами ГК и к которым, следовательно, применяются общие нормы обязательственного права [6, 209].

Определение поименованных и непоименованных договоров в других странах может отличаться, что связано со спецификой законодательных формулировок. Так, например, для доктрины украинского гражданского права характерно понимание непоименованного договора как неурегулированного актами гражданского законодательства, но отвечающего его общим принципам [7, 51–52]. Данная точка зрения обусловлена формулировкой ч. 1 ст. 6 ГК Украины.

Пункт 2 ст. 421 ГК Российской Федерации (далее — РФ) является основанием для вывода российских цивилистов о том, что непоименованные договоры представляют собой гражданско-правовые договоры, не предусмотренные законом или иными правовыми актами РФ, но не противоречащие им [8, 3].

Часть 1 ст. 1107 ГК Франции распространила общие правила титула III на все договоры, независимо от того, имеют ли они соответствующее название. Таким образом, любой договор, имеющий законную и непротиворечащую добрым нравам и общественному порядку каузу, получил судебную защиту согласно французского права [9, 127].

Кроме того, согласно ч. 2 ст. 1107 ГК Франции следует, что к отдельным договорам применяются нормы, содержащиеся в других титулах ГК Франции, посвященных каждому из таких договоров, а к торговым договорам — нормы, содержащиеся в законах, касающихся торговли.

В связи с этим, «поименованные» или «специальные» договоры по французскому праву — это договоры, принадлежащие к определенным договорным типам (продажа, наем, партнерство), классифицированные во французском праве, как воплощающие определенные сделки, и чьи характеристики установлены ГК или иным законодательством. «Непоименованные» — это договоры, чьи характеристики не установлены законодательством, но регулируются общими принципами договорного права [10, 489].

Германское гражданское уложение (далее — Уложение), в отличие от гражданских кодексов других государств, прямо не предусматривает права сторон

¹ При этом, как отмечает профессор К. Осаке, в англо-американском общем праве договоры не подразделяются на поименованные и непоименованные. В то же время американское статутное право, в частности, Единообразный торговый кодекс США выделяет некоторые виды поименованных договоров. Английское статутное право также выделяет один вид поименованного договора в *Sales Act*. [3; 86].

заключать непоименованные договоры. Это объясняется тем, что на Уложение значительно повлияла доктрина естественного права, согласно которой «обязанность выполнять данные обещания происходит не из признания или непризнания их государством, а из общего требования естественного права; вследствие чего эта обязанность не зависит от ее содержания, от типичности или оригинальности последней» [1, 127].

Таким образом, во многих государствах «поименованность» договора означает его «предусмотренность» специальными нормами законодательства.

При этом важным является вопрос о том, в каком именно законодательстве может содержаться такое регулирование. Как было показано выше, ГК Украины связывает поименованность договора с его закреплением в «гражданском законодательстве»; ГК РФ — в «законах или иных правовых актах РФ»; ГК Квебека — в нем самом.

Таким образом, буквальный анализ положений ГК Украины дает основания для вывода, что, например, договор на проведение экологического аудита, предусмотренный Законом Украины «Об экологическом аудите» от 24 июня 2004 г. № 1862, является непоименованным с точки зрения гражданского права, поскольку ни указанный Закон, ни другие акты законодательства, устанавливающие требования к этому договору¹, безусловно, не являются актами гражданско-правового законодательства.

В доктрине РФ законы или иные правовые акты РФ, о которых идет речь в п. 2 ст. 421 ГК РФ, понимаются как документы гражданско-правового характера. «Наличие специального регулирования другого характера (например, налогового) само по себе вряд ли может быть основанием для признания договора поименованным» [11, 18]. В связи с этим авторы приводят пример норм Налогового кодекса (далее — НК) РФ, который предусматривает налоговые последствия договоров предоставления персонала, не имеющих специальной регламентации на уровне гражданского законодательства [11, 18].

Пункт 14.1.183 ст. 14 НК Украины предусматривает возможность заключения соглашений о предоставлении персонала. При этом услуга по предоставлению персонала определяется как «хозяйственная или гражданско-правовая сделка». Возникает вопрос, можно ли считать соглашение о предоставлении персонала поименованным, если НК Украины называет его «гражданско-правовым». На наш взгляд, — нет, поскольку то, что НК Украины отнес ее к гражданско-правовым, не означает, что они получили специальное регулирование в гражданском законодательстве, с которым, как отмечалось, связывается поименованность договора.

Зависимость поименованности договора от его урегулированности гражданским законодательством требует ответа на вопрос, что именно охватывается этим понятием. В Украине ответ на него содержится в ст. 4 ГК Украины, определяющей состав актов гражданского законодательства Украины.

¹ Например, Положение о ведении реестра экологических аудиторов и юридических лиц, имеющих право на осуществление экологического аудита, утвержденное приказом Министерства охраны окружающей природной среды Украины от 27 марта 2007 г. № 121.

Необходимо отметить, что Проект общих подходов (*Draft Common Frame of Reference* (далее — *DCFR*) не употребляет понятий «поименованный» и «непоименованный» договор. Хотя книга IV Модельных правил *DCFR*, регулирующая «Специальные договоры и права и обязанности, вытекающие из них», содержит нормы, посвященные 8 типам (или по терминологии *DCFR* — категориям) договоров, некоторые из которых (например, договоры услуг) подразделяются на виды.

Кроме того, ст. II. — 1:107 Модельных правил *DCFR*, определяя различные модели смешанных договоров, распределяет их на те, части которых подпадают под две или более категории договоров, специально урегулированных в Модельных правилах *DCFR*, а также те, часть которых может быть отнесена к одной из таких категорий, а другая — к договорам, регулирующимся нормами Модельных правил, применяемыми к договорам в целом [12, 184–185].

Отсюда следует, что Модельные правила *DCFR* допускают возможность заключения договоров, не урегулированных их специальными нормами, но таких, к которым можно применить общие положения *DCFR* о договорах.

Отнесение договора к непоименованным ставит вопрос о том, какие правовые нормы следует применять к нему. Законодательство некоторых государств содержит прямой ответ на этот вопрос. Так, согласно ст. 124 Закона Китайской Народной Республики «О договорах» в случае, если договор ясно не определен в разделе «Отдельные виды договоров» данного Закона и в других законах, следует руководствоваться нормами раздела «Общие понятия» данного Закона, а также учитывать наиболее соответствующие нормы раздела «Отдельные виды договоров» данного Закона или других законов [13].

Часть 1 ст. 1107 ГК Франции распространяет на непоименованные договоры общие правила титула III ГК Франции¹. Однако во Франции такой подход в последнее время пересматривается. Так, авторы Предложений к реформе обязательственного права и права давности (далее — Предложения) в ст. 1103 предлагают следующие изменения в ГК Франции относительно регулирования поименованных и непоименованных договоров: «Договоры являются предметом регулирования общих норм, содержащихся в этом титуле, независимо от того, имеют ли они собственное наименование. Специальные нормы, применимые к определенным договорам, содержатся или в разделах настоящего Кодекса, или в других кодексах или законах, в частности, касающихся человеческого тела, прав интеллектуальной собственности, коммерческих сделок, трудовых отношений и защиты потребителей. Непоименованные договоры подлежат регулированию по аналогии нормами, применяющимися к подобным договорам, если их особенности не являются препятствием для этого» [10, 633]. Для этого предлагается проводить надлежащую и возможную проверку

¹ Необходимо отметить, что применение общих положений договорного права к непоименованным договорам поддерживалось также в дореволюционной цивилистической доктрине, в частности, Д. Мейером [14, 500].

условий договора, которая должна осуществляться на основании статей 1287¹, 1293², 1314³, 1317⁴ Предложений [10, 489].

Похожее мнение выражает М. Брагинский. Так, ученый утверждает, что к непоименованным договорам (т. е. договорам, не вписывающимся в рамки определенного типа) необходимо применять прежде всего нормы, регулирующие похожий тип договоров, а при их отсутствии — нормы, содержащиеся в разделе III ГК РФ «Общая часть обязательственного права». Если эти действия не дают желаемого результата, то следует применять аналогию права, т. е. принимать решения, исходя из общих начал гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности и справедливости [8, 409].

Мнение о применении «норм похожего типа» к непоименованным договорам справедливо критикуется в юридической литературе по ряду оснований, среди которых, например то, что непонятно какой уровень сходства необходим для того, чтобы соответствующие нормы о поименованных договорах применялись к конкретному договору [11, 40–41].

О необходимости применения к договорному обязательству нового типа, не предусмотренного законом, но не противоречащему ему, аналогии закона, а в надлежащих случаях, и аналогии права высказывались и другие авторы, например, О. Иоффе [16, 38].

В связи с этим, следует определиться с понятием «договорной тип». В целом следует отметить дискуссионность этого вопроса в юридической литературе. Распространенной, например, является точка зрения, высказанная еще О. Иоффе, о том, что договорной тип выделяется или спецификой опосредованного им материального отношения или по кругу юридических условий, объективно необходимых для образования данного договорного обязательства. К примеру, при таком подходе договор купли-продажи и мены относятся к различным договорным типам, а договор розничной купли-продажи считается отдельным видом договорного типа «купля-продажа» [16, 37].

Во-первых, следует согласиться с тем, что понятие «договорной тип» (или тип договора) шире, чем «договорной вид» (вид договора). Во-вторых, заслуживает поддержки и то, что в основе деления договоров на типы лежит особенность материальных отношений (составляющих предмет договора). Однако нельзя согласиться с тем, что «юридические условия, необходимые для образования данного договорного обязательства», являются основанием для

¹ Статья 1287 Предложений: «Доказывание фактов является свободным. Они могут устанавливаться с помощью любых средств. Если иное не предусмотрено законодательством, значение доказательства оценивается судом по своему усмотрению. В случае сомнений, суд принимает во внимание факт, являющийся более правдивым» [10, 775].

² Статья 1293 Предложений: «Если законодательством не установлено других принципов, и при отсутствии действительного договора между сторонами, суд решает конфликт между письменными доказательствами путем использования доказательств в любой форме, являющихся более убедительными, независимо от их носителя» [10, 779].

³ Статья 1314 Предложений: «Презумпции — это последствия, которые законодательство или суд устанавливает из известного факта о неизвестном, считая последний достоверным на основании факта, изображающим его как правдивый» [10, 791].

⁴ Статья 1317 Предложений: «Законная презумпция освобождает лицо, в пользу которого она существует, от необходимости предоставления любого доказательства. Никакое доказательство не принимается против законной презумпции, если на основе этой презумпции законодательство объявляет ничтожными какие-то действия, или препятствует подаче иска, если только законодательство не позволяет доказывания от противного, и за исключением того, что будет сказано под присягой и признано в ходе судебного разбирательства» [10, 793].

выделения отдельного договорного типа (О. Иоффе именует данные условия существенными) [16, 37]. На наш взгляд, говорить о существенных условиях договора можно только после того, как осуществлена его квалификация, т. е. установлено, к какому договорному типу и виду принадлежит данный договор. Ведь именно от этого будут зависеть правовые нормы, применимые к нему, в том числе те, которые определяют его существенные условия.

Что касается вида договора в рамках определенного договорного типа, то с договорным типом его роднят те материальные отношения, которые составляют его предмет. Однако, такой договор имеет определенную специфику, которая может проявляться, например, в объекте (договорный тип: договор купли-продажи; договорный вид: договор купли-продажи недвижимого имущества) или других элементах договора.

А. Карапетов и А. Савельев предлагают применять к непоименованным договорам специальные нормы, регулирующие поименованные договоры, по аналогии закона. При этом они подчеркивают, что применение специальных диспозитивных норм по аналогии закона к непоименованному договору в ряде случаев может быть оправдано даже если пробел в договоре может быть заполнен общими положениями обязательственного права. Это возможно если, специальные диспозитивные нормы являются более адекватными сути заключенного непоименованного договора [11, 42].

На наш взгляд, определение модели регулирования непоименованного договора зависит от того, в чем состоит эта непоименованность, т. е. является ли этот договор непоименованным видом поименованного типа или он представляет собой непоименованный тип договора.

Если договор может быть квалифицирован как непоименованный вид поименованного типа, то к вопросам, которые не урегулированы самим договором, могут применяться специальные диспозитивные нормы типа договора, к которому принадлежит данный договорный вид, а при их отсутствии — общие положения обязательственного права. Если же вопрос, который возникает в связи с таким договором, не может быть решен с помощью последних, следует применять общие принципы гражданского законодательства или, другими словами, аналогию права. Если перед нами договор непоименованного типа, на наш взгляд, нет оснований для применения к вопросам, которые им не урегулированы, специальных диспозитивных норм определенного договорного типа. Если говорить о законодательстве Украины, то применение подобных норм было бы возможно на основании ч. 1 ст. 8 ГК Украины, которая предусматривает применение к отношениям, не урегулированным актами гражданского законодательства или договором, других актов гражданского законодательства, которые регулируют подобные по содержанию гражданские отношения.

Но если непоименованность договора заключается в непоименованности типа, это означает, что данный договор не похож ни на один договорный тип. Понятно, что, например, договор купли-продажи в чем-то схож с любым возмездным договором, однако, это автоматически не должно означать возможности применения к каждому из таких договоров норм, регулирующих договор купли-продажи. Иначе, правило о том, что стороны могут заключить договор, не предусмотренный актами гражданского законодательства, носит только декларативный характер. Поэтому, на наш взгляд, к вопросам,

неурегулированным договорами непоименованного типа, могут применяться только общие принципы гражданского законодательства (аналогия права).

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М., 2001. — 353 с.
2. *Новицкий И. Б.* Римское право. — М., 2002. — 310 с.
3. *Осакве К.* Свобода договора в англо-американском праве : понятие, сущность и ограничения // Журнал российского права. — 2006. — № 7.
4. *Annotated Civil Code of Quebec* [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ccq.lexum.org/ccq/book.do?sessionId=967D1B77212A3CFA732387CDC3C2FAE1?lang=en&book=5>
5. *Louisiana Civil Code* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=109161>
6. *Stathopoulos M.* Contract Law in Greece. Kluwer Law International BV. — The Netherlands, 2009. — 266 p.
7. *Боднар Т. В.* Договірні зобов'язання у цивільному праві: загальні положення : навч. посіб. — К., 2007. — 280 с.
8. *Бычков А. И.* Договор *sui generis*, не предусмотренный гражданским законодательством // Нотариальный вестник. — 2012. — № 7.
9. *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. — М., 1948,. — 511 с.
10. *Reforming the French Law of Obligations. Comparative reflections on the Avant-project de reforme du droit des obligations et de la prescription / ed/ by J. Carwright, S. Vogenauer and S. Whittaker.* — Oxford and Portland, 2009. — 930 p.
11. *Каранетов А. Г., Савельев А. И.* Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2012. — № 4.
12. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the. Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*[Электронный ресурс]. — Режим доступа : ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf
13. *О договорах* : Закон КНР [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://law.uglc.ru/agreement.htm>
14. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: в 2 ч. — М., 2003. — 830 с.
15. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 1 : Общие положения. — М., 2000. — 848 с.
16. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — 880 с.

Диковская И. А. Поименованные и непоименованные договоры в праве отдельных стран

Аннотация. В статье рассматриваются подходы к пониманию поименованных договоров в праве отдельных стран, анализируются способы регулирования непоименованных договоров. Сделан вывод о том, что право различных государств неодинаково подходит к определению понятия «поименованный договор». Так, согласно праву одних государств поименованные договоры — это договоры, названия которых упомянуты в Гражданском кодексе. В других государствах — это договоры, чьи характеристики определены как Гражданским кодексом, так и актами гражданского законодательства. Чертами непоименованных договоров являются, как правило, их неподвижность актами соответствующего законодательства, непротиворечивость ему или соответствие общим принципам гражданского права. Сделан вывод о необходимости применения к непоименованным договорам аналогии права.

Ключевые слова: поименованные договора, непоименованные договора, аналогия закона, аналогия права.

Діковська І. А. Поіменовані та непоіменовані договори у праві окремих країн

Анотація. У статті розглядаються підходи до розуміння поіменованих договорів у праві окремих країн, аналізуються способи регулювання непоіменованих договорів. Зроблено висновок про те, що право різних держав по-різному підходить до визначення поняття «поіменованій договір». Так, за правом одних держав поіменовані договори — це договори, назви яких згадані в Цивільному кодексі. В інших державах — це договори, характеристики яких визначені як Цивільним кодексом, так і актами цивільного законодавства. Ознаками непоіменованих договорів є, як правило, їх непередбаченість актами відповідного законодавства, несуперечливість цьому законодавству або відповідність загальним принципам цивільного права. Зроблено висновок про необхідність застосування до непоіменованих договорів аналогії права.

Ключові слова: поіменовані договори, непоіменовані договори, аналогія закону, аналогія права.

Dikovska I. Nominate and Innominate Contracts in Law of Certain Countries

Annotation. The article deals with the approaches to understanding of nominate and innominate contracts under the law of certain countries, the analysis of regulation methods applicable to the innominate contracts.

It has been concluded that the laws of different states have different approaches to the definition of nominate contract. According to the law of some states nominate contracts are the contracts mentioned in the Civil Code. In other countries they are determined as the contracts whose characteristics are defined in the Civil Code or civil legislation. There are several features of innominate contracts: non-mentioning in the respective acts of legislation, non-contradiction to such legislation, compliance with the general principles of civil law. It has been concluded that the analogy of law should be applied to the innominate contracts.

Key words: nominate contract, innominate contract, analogy of statutory law, analogy of law.