

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«ВСЕРОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ЮСТИЦИИ
(РПА МИНЮСТА РОССИИ)»**

На правах рукописи

Батурина Алена Аркадьевна

**СИСТЕМА И СИСТЕМНОСТЬ СМЕШАННЫХ
ДОГОВОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИИ**

Специальность 12. 00. 03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

ДИССЕРТАЦИЯ
на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
д. ю. н., Сулова Светлана Игоревна

Иркутск, 2018

Оглавление

ВВЕДЕНИЕ	2
ГЛАВА 1. РАЗВИТИЕ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ МЫСЛИ О СМЕШАННЫХ ДОГОВОРАХ.....	13
§ 1. Подходы к пониманию смешанного договора	13
§ 2. Системность смешанного договора и его элементы	24
§ 3. Обязательства, возникающие из смешанных договоров: взаимосвязь элементов системы.....	55
ГЛАВА 2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ СМЕШАННЫХ ДОГОВОРОВ: ОСОБЕННОСТИ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ СИСТЕМЫ	70
§ 1. Отдельные стадии механизма правового регулирования общественных отношений, возникающих из смешанных договоров	70
§ 2. Существо (сущность) смешанного договора.....	87
ГЛАВА 3. СМЕШАННЫЙ ДОГОВОР В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ.....	105
§ 1. Смешанные, непоименованные и комплексные договоры.....	105
§ 2. Смешанные договоры и иные гражданско-правовые конструкции	130
§ 3. Классификация смешанных договоров	146
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК.....	168

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования. В дореволюционный период и в советское время смешанные договоры являлись объектом серьёзной научной дискуссии, несмотря на отсутствие их нормативного регулирования в действовавших тогда ГК РСФСР 1922 г. и ГК РСФСР 1964 г. Впервые в России смешанные договоры были законодательно урегулированы в 1995 году в п. 3 ст. 421 ГК РФ.

Смешанный договор играет важную роль не только для непосредственных участников имущественного оборота, но и для гражданского законодательства в целом. Конструкция смешанного договора освобождает законодателя от регламентирования огромного количества сходных или дублирующих друг друга договоров, сохраняя должный уровень правовой регламентации договорных отношений. Другим преимуществом такой законодательной экономии является минимизация известной пробельности гражданско-правового регулирования. Смешанный договор позволяет приблизить договорные формы к конкретным обстоятельствам и потребностям сторон договора, не ослабляя при этом эффективности гражданско-правового регулирования. Современное общество потребления весьма стремительно развивается во всех направлениях, в частности, и в сторону увеличения количества новых договорных конструкций.

Попытки научного анализа категории смешанного договора предпринимались в разное время видными отечественными цивилистами, но их исследования требуют уточнений с учётом современной действительности и зарубежного опыта. В частности, важным является анализ адаптации конструкции смешанного договора в гражданском обороте в контексте недавнего введения в законодательство принципа добросовестности, новых договорных конструкций и произошедшего переосмысления принципа свободы договора с учетом его ограничений.

В литературе последних лет достаточно часто упоминается о смешанности того или иного договора, но при этом не всегда раскрываются конститутивные

признаки смешанных договоров и особенности их правового регулирования. Правоведы, признавая значимость исследования таких понятий как элемент смешанного договора, структура смешанного договора, состав смешанного договора, тем не менее, рассматривают их разрозненно. Вместе с тем, они являются основными категориями, с помощью которых проводится системное описание объекта, позволяющее выявить особые системные признаки изучаемого объекта (смешанного договора) и обнаружить закономерности его функционирования. Ранее системный подход при анализе смешанного договора не использовался. Одновременно с этим и правоприменительная практика нуждается в ответах на довольно широкий круг вопросов, которые в должной степени не нашли отражения в научной литературе.

Необходимо признать, что современное законодательство, регулирующее обязательства, возникающие из смешанных договоров, не является совершенным. Недостаточность правового регулирования проявляется, в частности, в отсутствии четкой регламентации понятия элементов смешанного договора. Противоречивость правового регулирования смешанных договоров обуславливает повышение роли судебной защиты. На сегодняшний день сохраняется тенденция к росту количества споров, в которых так или иначе возникает вопрос о смешанных договорах. Так, анализ общероссийских статистических данных судебных дел, рассмотренных арбитражными судами первой инстанции за последние годы, показал ежегодный прирост судебных споров с применением ст. 421 ГК РФ. В 2010 году было рассмотрено 21 087 дел данной категории, в 2011 г. – 22 831, в 2012 г. – 28 557, в 2013 г. – 31 667, в 2014 г. – 35 502, в 2015 г. – 45 997, в 2016 г. – 64 901 дело. В то же время анализ статистических данных судебных дел, рассмотренных Арбитражным судом Иркутской области, показал следующее. В 2010 году было рассмотрено 279 дел данной категории, в 2011 г. – 255, в 2012 г. – 279, в 2013 г. – 353, в 2014 г. – 389, в 2015 г. – 604, в 2016 г. - 678 дел¹. Можно заметить более чем двукратное увеличение количества рассмотренных дел

¹Статистика по судебной практике арбитражных судов [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <http://sudact.ru/arbitral/stats> (дата обращения: 15.09.2016)

соответствующей категории как на местном, так и на федеральном уровнях. Указанные цифры демонстрируют устойчивую тенденцию к значительному росту количества споров относительно тех или иных аспектов применения принципа свободы договора. Пропорционально популяризации применения ст. 421 ГК РФ в целом в судебной практике отмечается и рост споров относительно п. 3 данной статьи о смешанных договорах. Основными проблемами, как правило, является ошибочная квалификация смешанных договоров; алгоритм применения норм при регулировании отношений, возникающих из смешанных договоров, в случае незаключенности/недействительности, расторжения смешанного договора или применения мер ответственности к сторонам такого договора.

При разрешении споров судам приходится проверять и оценивать оригинальные и своеобразные юридические конструкции. Между тем отсутствие глубоко разработанной теоретической базы и разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам, связанным с применением норм ГК РФ о смешанных договорах, порождает различные подходы по спорным вопросам и снижает эффективность судебно-арбитражной практики по разрешению споров о смешанных договорах.

Ответы на эти вопросы не были получены и в ходе недавней реформы норм обязательственного права. Изменения, внесенные в ГК РФ в 2015 году, коснулись отдельных положений ст. 421 ГК РФ, в том числе и непоименованных договоров. Однако, п. 3 ст. 421 ГК РФ остался нетронутым, что подтверждает отсутствие должного внимания законодателя к проблемам, возникающим относительно смешанных договоров.

На основании вышесказанного, тема диссертационного исследования является актуальной и практически значимой.

Степень разработанности проблемы. Проблема смешанных договоров затрагивается современными авторами в основном в контексте изучения правовой природы различных договорных конструкций или путём рассмотрения каких-то отдельных аспектов учения о смешанных договорах.

В дореволюционной правовой науке исследованием смешанных договоров занимались такие учёные, как Д.И. Мейер, А.А. Симолин, Л. С. Таль, Г.Ф. Шершеневич. В основном смешанные договоры освещались в совокупности с вопросами о непоименованных, нетипичных договорах или при выявлении правовой природы отдельных договоров.

В советский период уделили внимание проблемам смешанных договоров: Акимов В.И., М.И. Брагинский, Н.Н. Веденин, В.В. Витрянский, Л.А. Лунц, И.Б. Новицкий, О.С. Иоффе, В.А. Ойгензихт, О.Н. Садилов, А. А. Собчак и др.

В новое время заслуживают внимания труды М.И. Брагинского, Д.В. Огородова, Ю.В. Романца, Е.В. Татарской, М.Ю. Чельшева и др. Смешанные договоры были частично освещены в диссертационных исследованиях В. А. Писчикова (2004 г.), а также Л.А. Рудневой (2006 г.), Е.А. Батлера (2006 г.) и А.Я. Ахмедова (2014г.). В 2011 году была защищена диссертация А. И. Акифьевой по теории государства и права «Смешанные правовые договоры: вопросы теории и практики». В 2013 году была опубликована монография А. И. Бычкова «Смешанный договор в гражданском праве РФ», а в 2014 году – монография А.Г. Карапетова и А.И. Савельева «Свобода договора и ее пределы».

Несмотря на то, что смешанные договоры затрагивались в работах как дореволюционного, советского, так и современного периодов, многие вопросы продолжают оставаться спорными или неосвещёнными. Никто из авторов не рассматривал смешанный договор в качестве системного объекта, не производил его системного описания. На сегодняшний день отсутствует глубокое целостное цивилистическое исследование о смешанных договорах в виде защищенных диссертаций, посвящённых исключительно проблемам смешанных договоров.

Объектом исследования является совокупность общественных отношений, возникающих при заключении, исполнении, изменении или прекращении смешанных договоров.

Предметом исследования выступают правовые нормы, образующие механизм правового регулирования общественных отношений, складывающихся по поводу заключения, исполнения, изменения или прекращения смешанных

договоров, а также соответствующая научная доктрина и правоприменительная практика.

Цель диссертационной работы заключается в выработке научного представления о правовой природе, системности смешанного договора и о месте смешанных договоров в системе гражданского права. Для достижения указанной цели были поставлены следующие **задачи**:

- проанализировать имеющиеся в цивилистической науке взгляды относительно понятия смешанного договора, охарактеризовать его специфические признаки и выработать его определение в контексте системного подхода;

- выявить элементы смешанного договора, их правовое значение и классификации;

- охарактеризовать виды взаимосвязей между элементами смешанного договора;

- выделить специфические функции смешанного договора, раскрывающие цель системы;

- рассмотреть особенности правового регулирования общественных отношений, возникающих из смешанных договоров и смежных договорных конструкций, как проявления функционирования системы смешанного договора;

- определить место смешанного договора в соотношении с иными правовыми явлениями с выявлением соответствующих критериев разграничения;

- соотнести смешанные договоры с комплексными и меноподобными договорами;

- разработать предложения по совершенствованию законодательства, регулирующего общественные отношения из смешанных договоров;

- сформулировать выводы и обобщить полученные результаты.

Методологическую основу исследования составляют общенаучный диалектический метод. Среди общенаучных методов (индукции и дедукции, анализа и синтеза, сравнения, абстрагирования и др.) особо следует выделить системный подход, который позволил подвергнуть анализу смешанный договор в

качестве системы, обладающей необходимым набором элементов, достаточным для ее функционирования. Наряду с указанными методами, использовались и частнонаучные методы познания: формально-юридический, лингвистический, исторический и сравнительно-правовой.

Теоретическая основа диссертационного исследования. Разработка темы потребовала обращения к трудам представителей цивилистической науки, общей теории права, трудового и административного права. Теоретический фундамент исследования составили труды следующих учёных: С.С. Алексеева, Е.А. Батлера, М.И. Брагинского, Н.Н. Веденина, В.В. Витрянского, Б.Д. Завидова, М.Н. Илюшиной, О.С. Иоффе, Т. В. Кашаниной, А.Д. Корецкого, О.А. Красавчикова, Л.А. Лунца, А. М. Лушникова, М.В. Лушниковой, Д.И. Мейера, И.Б. Новицкого, В. А. Ойгензихта, Д.В. Огородова, В.А. Писчикова, И.А. Покровского, Ю. В. Романца, Л.А. Рудневой, А.И. Савельева, О.Н. Садикова, А. П. Сергеева, А.А. Симолина, А.А. Собчака, Л.С. Таля, А.Н. Танаги, Р. О. Халфиной, М.Ю. Чельшева, Г.Ф. Шершеневича и др.

Нормативно-правовую и эмпирическую основу исследования составили Конституция РФ; международно-правовые акты; ГК РФ; иные Федеральные законы РФ и подзаконные акты.

Для обоснования теоретических выводов использовались материалы правоприменительной практики.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в том, что на основе анализа положений нормативных правовых актов, практики их применения и юридической доктрины предложен научный подход к пониманию смешанного договора как системы, внесен вклад в развитие цивилистического учения о правовой природе смешанного договора и особенностях его правового регулирования. В рамках исследования диссертантом восполнены пробелы в доктринальном понимании сущности (существа) смешанного договора, его элементов и особенностях его функционирования как системы; даны классификации элементов смешанного договора; определен характер взаимосвязей между элементами смешанного договора; выявлены специфические

функции смешанного договора и показаны особенности их реализации в качестве целей системы; доказана необходимость расширения сферы применения правил о смешанных договорах к отдельным поименованным в законе договорам; определено место смешанных договоров в системе гражданского права путем проведения соотношения данного договора со смежными правовыми конструкциями; обоснована нетипичность меноподобных договоров наравне со смешанными и непоименованными договорами, а также определено место меноподобных договоров в системе возмездных договоров; проведено разграничение между смешанным и комплексным договорами.

Обозначенная научная новизна исследования, ее отдельные элементы находят выражение и конкретизацию в следующих основных **положениях, выносимых на защиту:**

1. Обосновано выделение следующих компонентов смешанного договора в качестве системы (объекта, представляющего собой целостность):

- цель смешанного договора – объединение кауз различных договоров, предопределяющее его сущность (существо) и функциональную предназначенность;

- состав смешанного договора – набор элементов смешанного договора, который требуется для функционирования системы;

- структура смешанного договора – взаимосвязь между элементами смешанного договора.

2. Предложено под элементами смешанного договора понимать его составляющие, которые необходимы и достаточны для определения признаков того или иного договора в составе смешанного. Обосновано выделение квалифицирующих (они всегда сохраняются при заключении смешанного договора) и неквалифицирующих элементов смешанного договора (они при заключении смешанного договора могут не сохраняться). К первой группе относятся правовая цель и объект смешиваемых договоров, ко второй – субъект, права и обязанности сторон.

3. Доказано, что характер взаимосвязи между элементами смешанного договора (структура смешанного договора) зависит от их видовой характеристики. Взаимосвязь квалифицирующих элементов является функционально необходимой для существования смешанного договора. Взаимосвязь неквалифицирующих элементов является дополнительной.

4. Выявлены функции смешанного договора, определяющие особенности его регулятивного воздействия. К ним следует отнести:

- конкретизирующую функцию (определение норм, формирующих правовой режим смешанного договора);

- саморегулирующую функцию (устранение потенциальной неопределенности в правовом регулировании отношений, возникающих из смешанного договора);

- восполняющую функцию (устранение пробелов посредством установления правил поведения в случае, когда смешанный договор содержит элементы как поименованного, так и непоименованного договора).

5. Определено, что смешанным признается договор, содержащий в себе не только элементы разных договорных типов или видов, но и элементы иных договорных конструкции (рамочного, предварительного, опционного, абонентского договоров; соглашения о порядке ведения переговоров и т.д.), не входящих в общую систему договоров.

6. Доказана необходимость расширения сферы применения правил о смешанных договорах к отдельным поименованным в законе договорам, но не наделенных в достаточной степени самостоятельным правовым регулированием. Для легализации такого применения требуется закрепление фикции об использовании указанного положения к соответствующим договорам. Подобный подход компенсирует дефицит в правовом регулировании договоров найма-продажи; контрактов жизненного цикла; договоров, содержащих условия об опционе, и других аналогичных договоров.

7. Установлено место меноподобных договоров в системе гражданско-правовых договоров посредством соотношения со смешанными и

непоименованными договорами. Смешанные договоры, наряду с непоименованными и меноподобными, относятся к нетипичным договорам (к договорам, специфические признаки которых не нашли законодательного закрепления). К меноподобным договорам в порядке аналогии закона следует применять нормы о смешанных договорах.

Предлагается конкретизировать в рамках классификации договоров на возмездные/безвозмездные возможные варианты возмездных договоров. Возмездные договоры следует разделить на три подвида: договоры с денежным встречным предоставлением; меноподобные договоры, т. е. договоры с тождественным неденежным встречным предоставлением; смешанные договоры, по которым встречное неденежное предоставление выражено в каком-либо ином нетождественном (незеркальном) эквиваленте.

8. Обосновано, что целью установления соотношения между смешанным (содержащим в себе элементы договоров, имеющих исключительно гражданско-правовую природу) и комплексным договором (содержащим в себе элементы договоров, имеющих разноотраслевую принадлежность) является определение особенностей стадии реализации прав и обязанностей в механизме правового регулирования каждого из них.

Положения гражданского законодательства о смешанных договорах могут быть применены субсидиарно к комплексным договорам, в том случае, если в нормативных правовых актах, регулирующих возникшие общественные отношения, или при их нормативном толковании дается разъяснение, позволяющее применение к гражданским отношениям норм иной отрасли законодательства, и наоборот. Исключается подобная возможность в том случае, если преобладает императивное регулирование над диспозитивным гражданско-правовым.

На основании теоретических выводов, сформулированных в результате проведенного исследования, внесен ряд предложений по совершенствованию действующего российского гражданского законодательства (ч. 3 ст. 421). В частности, нужно внести изменения в ч. 3 ст. 421 ГК РФ и сформулировать ее

следующим образом: «Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы (правовая цель, объект, а также субъект, права и обязанности) различных договоров, хотя бы один из которых предусмотрен законом или иными правовыми актами».

Дополнить ч. 3 ст. 421 ГК РФ новым абзацем: «Правила о смешанных договорах подлежат применению и к тем договорам, которые прямо закреплены в законе, но не наделены достаточным правовым регулированием, если иное не установлено соглашением сторон и не противоречит существу настоящего договора».

Теоретическая значимость исследования выражается в том, что сформулированные выводы способствуют более глубокому познанию понятия, элементов, функций и особенностей правового регулирования смешанных договоров, дополняют некоторые суждения ранее проведённых исследований, дают основу для возможности изменения ряда научных подходов, могут быть использованы для последующей разработки проблематики как смешанных договоров, так и смежных правовых явлений (например, таких как: нетипичные, непоименованные, комплексные, меноподобные, рамочные, опционные договоры и т.д.), что может способствовать дальнейшему развитию цивилистической мысли в данном направлении.

Материалы диссертации позволяют обратить внимание на перспективные направления научных исследований.

Практическая значимость исследования заключается в выработке автором рекомендаций по совершенствованию и применению гражданского законодательства в сфере смешанных договоров.

Проведённый анализ законодательства и правоприменительной практики позволил сформулировать ряд положений по совершенствованию действующего законодательства, целью которых является повышение эффективности правового регулирования смешанных договоров.

Выработанные предложения могут быть использованы в правоприменительной практике при разрешении соответствующих споров; в

образовательных целях при написании учебной литературы и в процессе преподавания гражданского и договорного права.

Степень достоверности исследования обеспечивается за счет обращения к широкому кругу официальных источников, содержащих значительный объем фактологического материала, с приведением соответствующих библиографических ссылок.

Апробация результатов исследования. Диссертация выполнена и обсуждена на кафедре гражданского права и процесса Иркутского института (филиала) ВГУЮ (РПА Минюста России), где она была рецензирована и рекомендована к защите.

Основные научные положения, выводы и предложения исследования изложены в статьях, в том числе рекомендованных ВАК Минобрнауки России, и в материалах международных (Казахстан, Польша) и всероссийских конференций, иных публикаций общим объемом 12,6 п.л (общее количество публикаций – 30).

Ряд теоретических положений диссертации апробирован при проведении семинарских занятий и чтении лекций по курсу гражданского, коммерческого и предпринимательского права для студентов, бакалавров, магистрантов всех форм обучения и лиц, обучающихся на курсах повышения квалификации (государственных регистраторов, арбитражных управляющих, адвокатов, юристов-практиков), в Иркутском институте (филиале) ВГУЮ (РПА Минюста России) и в Байкальском государственном университете. Диссертантом разработан учебно-методический комплекс к курсу «Смешанные и нетипичные договоры» для обучения в магистратуре².

Структура диссертации определена с учетом особенностей исследуемой темы. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих восемь параграфов, заключения и библиографического списка.

² Смешанные и нетипичные договоры : учебно-методический комплекс (программа и методические указания по изучению курса) для студентов по направлению подготовки 030900.68 Юриспруденция (квалификация – магистр) / сост. А.А. Уралова. - Иркутск : ГОУ ВПО РПА Минюста России, Иркутский юридический филиал (институт), 2013. - 26 с.

ГЛАВА 1. РАЗВИТИЕ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ МЫСЛИ О СМЕШАННЫХ ДОГОВОРАХ

§ 1. Подходы к пониманию смешанного договора

Наибольший вклад в понимание смешанных договоров внесли советские и современные цивилисты. Вместе с тем стоит уделить некоторое внимание римскому праву и позициям дореволюционных исследователей, касающимся данного вопроса.

Если обратиться к истории, то можно констатировать, что смешанные договоры не являются новым правовым явлением. Упоминания о договорах, отвечающих признакам современного смешанного договора, можно встретить в древнеримских источниках. В частности, в Древнем Риме существовали так называемые безымянные договоры, некоторые и виды имели определенные сходства со смешанными договорами и, соответственно, явились прообразом последних. Предпосылки к появлению таких договоров зародились еще в I в. н. э.³ Окончательно безымянные договоры получили признание при Юстиниане. В праве Юстиниана безымянные контракты делились на следующие группы: *do ut des* (передаю тебе вещь с тем, чтобы ты, в свою очередь, передал мне вещь), *do ut facias* (даю тебе вещь, чтобы ты совершил для меня определенное действие), *facio ut des* (совершаю для тебя определенное действие с тем, чтобы ты дал мне вещь), *facio ut facias* (совершаю для тебя известное действие с тем, чтобы ты совершил для меня определенное действие)⁴.

Безымянные контракты сначала получили в качестве защиты кондикционный иск, затем средством защиты стали иски об исполнении самого договора. Складывающиеся изначально из элементов поименованных контрактов, безымянные контракты со временем упрочивались, наделялись исковой защитой

³ См. подробнее: Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 1999. С. 364.

⁴ См. подробнее: Дождев Д. В. Римское частное право. М., 1996. С. 535.

и получали самостоятельное значение, становясь поименованными контрактами (например, мена (*permutatio*) и оценочный договор (*contractu-saestimatorius*))⁵.

В литературе определение смешанных договоров можно обнаружить в книге 1770 г. «Начальное основание всеобщей естественной юриспруденции, приноровленное к употреблению основания положительной юриспруденции, и переведенное с латинского языка»: «Смешанные договоры суть двоякого рода: ибо смешанный договор есть такой, который сам через себя состоит из многих договоров, которые вместе взятые составляют новый вид, различный от входящих в составление; или такие суть, что через сие делаются сложные, поскольку присовокупляются к другому. В первом случае называются первоначально смешанные (*principaliter mixta*), а в последнем через присовокупление смешанные (*per acceptionem mixta*)»⁶.

В дореволюционный период исследователи по-разному подходили к вопросу о месте смешанного договора в общей системе договоров. Так, Д. И. Мейер, не употребляя понятия «смешанный договор», разграничивал все договоры на самостоятельные и несамостоятельные. «Самостоятельные – это указанные в законодательстве и определенные им; несамостоятельные – все остальные». Также автор предлагал, что «лучше бы, однако, называть первые договоры именными, а вторые безымянными, потому что несамостоятельными договорами можно назвать только такие, которые не существуют сами по себе, а составляют лишь дополнение к другим договорам или которые не составляют самостоятельных видов договоров, а подходят под понятия других самостоятельных договоров»⁷.

В то же время К. П. Победоносцев, прямо не давая определения смешанного договора и не приводя также соответствующего классификационного основания, упоминает, что «договор о подряде представляется иногда не в чистом виде, а в смешанном виде, когда в хозяйственную операцию входит, кроме соглашения о

⁵ См. подробнее о смешанных договорах в римском частном праве: Бычков А. И. Смешанный договор в римском частном праве // История государства и права. 2011. № 23. С. 8–11.

⁶ См.: Неттелландт Д. Д. Начальное основание всеобщей естественной юриспруденции, приноровленное к употреблению основания положительной юриспруденции и переведенное с латинского языка. М., 1770. С. 36.

⁷ См.: Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 2000. С. 500.

вознаграждении за поставку или работу, сделка иного рода, способная иметь самостоятельное значение»⁸. Подобным образом подходили к определению смешанного договора Л. С. Таль⁹, Г. Ф. Шершеневич¹⁰ и А. А. Симолин¹¹. В частности, последний рассматривал природу смешанного договора на примере договора промыслового ученичества. С одной стороны, в данном договоре мастер предоставляет услугу по обучению ремеслу своего ученика, с другой стороны – ученик работает на мастера в счет оплаты обучения. То есть мы можем наблюдать здесь и элементы договора возмездного оказания услуг, и элементы договора подряда («личного найма») или трудового договора.

Как видно, в дореволюционной литературе не был выработан единый подход к определению понятия, признаков и методов правового регулирования смешанного договора. Обходило его молчанием и действующее на тот момент законодательство.

В дальнейшем в отечественной литературе вопросу о смешанных договорах также уделялось внимание. Проблему смешанных договоров затрагивали такие авторитетные цивилисты, как И. А. Покровский¹², И. Б. Новицкий и Л. А. Лунц¹³, О. С. Иоффе¹⁴, О. Н. Садилов¹⁵, В. И. Акимов¹⁶ и др.

А. А. Собчак посвятил одну из своих статей смешанным и комплексным договорам, в которой он отмечал: «...в советской гражданско-правовой науке вопрос о смешанных договорах изучен недостаточно. Свидетельство тому – обилие противоречивых мнений, высказанных в литературе по данному вопросу, а также недостаточная регламентация указанных договоров в действующем

⁸ См.: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. М., 2003. Ч. 3. С. 429.

⁹ См.: Таль Л. С. Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лица. Ярославль, 1912. Вып. III (XII).

¹⁰ См.: Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. 4-е изд. СПб., 1908. С. 240, 241.

¹¹ См.: Симолин А. А. Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права. М., 2005. С. 462.

¹² См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 126, 127.

¹³ См.: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 102.

¹⁴ См.: Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 37, 38.

¹⁵ См.: Садилов О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве // Сов. государство и право. 1972. № 2. С. 36, 37.

¹⁶ Акимов В. И. Смешанные договоры в гражданском праве // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. Томск, 1987. С. 127–135.

законодательстве»¹⁷. Так, при рассмотрении вопроса о смешанном договоре авторы по-разному подходили к его определению. Например, В. А. Ойгензихт выделяет два вида смешанных договоров: конгломерированные и интегрированные¹⁸. Кроме того, автор в сфере оказания услуг между социалистическими организациями находил «аформальные», «релятивные», «трансформированные» и другие «аномальные» договоры на оказание услуг¹⁹. Нетрудно заметить, что по сути одни и те же договорные модели именовались по-разному, что, конечно же, не способствовало унификации терминов в научном обороте.

На наш взгляд, такой плюрализм мнений является естественным для того периода времени, так как в условиях жестко администрируемой экономики смешанные договоры были нетипичны и прямо не урегулированы на законодательном уровне. В действовавших тогда ГК РСФСР 1922 г.²⁰ и ГК РСФСР 1964 г.²¹ смешанные договоры не были закреплены. Впервые в России смешанные договоры были законодательно урегулированы в 1995 году в п. 3 ст. 421 ГК РФ. Соответственно, в целях единообразного применения данного термина необходимо избегать путаницы и отождествления его со смежными понятиями при использовании в научной литературе и судебной практике.

Наиболее полно иные основные доктринальные подходы дореволюционных и советских авторов к пониманию смешанного договора изложены в монографии М. И. Брагинского «Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах»²².

Рассмотрим современные подходы к пониманию смешанного договора.

¹⁷ См.: Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Сов. государство и право. 1989. № 11. С. 62.

¹⁸ См.: Ойгензихт В. А. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений // Сов. государство и право. 1978. № 3. С. 45; Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве : учеб. пособие. Душанбе, 1984. С. 117–125.

¹⁹ Цит. по: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 66.

²⁰ Свод узаконений РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904.

²¹ Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

²² См. подробнее: Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 59–77.

Из определения, закрепленного в ст. 421 ГК РФ, следует, что под смешанным договором понимается соглашение, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом и иными правовыми актами.

Помимо легального определения, в доктрине существуют иные трактования смешанного договора. Например, Ю. В. Романец под смешанным договором понимает особое правоотношение, содержащее в себе элементы различных типов (видов, подвидов) договоров, уже урегулированных гражданским правом²³.

В последние годы возрос интерес к теме смешанных договоров и увеличилось количество соответствующих научных работ, однако аргументированность положений многих из них вызывает немало вопросов.

В качестве примера приведем определение смешанного договора, данное И. В. Акифьевой. В автореферате своей диссертации она пишет, что под смешанным понимается такая разновидность правового договора, которая представляет собой обеспеченное мерами экономического и политического, организационного и юридического, поощрительного и принудительного, государственного и негосударственного, нравственного и т. п. воздействия добровольное соглашение юридически равных и имеющих свободное и, как правило, ответственное волеизъявление субъектов, включающее в себя элементы содержания разных по существу договоров (нормативных и индивидуальных, частных и публичных, материальных и процессуальных, поименованных и непоименованных, отечественных и зарубежных, международных и др.), направленное на порождение юридических и иных социальных последствий, в том числе возникновение, изменение и/или прекращение общих и относительно-определенных, абсолютных и иных правоотношений²⁴. Думается, что такая формулировка является слишком абстрактной и не дающей возможность упростить процесс квалификации договора в качестве смешанного.

В недавно защищенной диссертации А. Я. Ахмедов в качестве положения, выносимого на защиту, рассматривает смешанный договор как не

²³ См.: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 74.

²⁴ См.: Акифьева И. В. Смешанные правовые договоры: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. СПб., 2011. С. 8–9.

предусмотренный в нормативных правовых актах, порождающий обязательства, исполнение которых характерно различным договорам, хотя бы один из которых является поименованным. Автор пишет, что специфическим видом смешанного договора является бартерный договор, порождающий встречные обязательства, исполнение которых имеет решающее значение для одного договора²⁵. Научная новизна данного положения вызывает серьезные сомнения в силу того, что это определение приводилось в работах А. И. Савельева намного ранее²⁶. Второе же умозаключение уже давно общеизвестно в силу п. 1 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) от 24.09.2002 № 69²⁷. Тем более что бартерные сделки как правовые категории находятся за пределами гражданского права и являются объектом правоотношений, возникающих при осуществлении исключительно внешнеторговой деятельности.

В судебной практике отмечается заметный прогресс в отношении признания тех или иных договоров смешанными, а также в формировании определенных подходов к рассмотрению отдельных категорий споров с данными договорами. В новейшем Постановлении от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении»²⁸ Пленум Верховного Суда РФ (далее – ВС РФ), давая разъяснения в целях обеспечения единства практики применения судами общих положений ГК РФ, обращал внимание на возможность квалификации того или иного договора как смешанного. Пленум указал в п. 6 Постановления: «При разрешении споров, касающихся исполнения обязательств по передаче исполнения одним кредитором другому, суд проверяет, является ли соглашение между кредиторами предусмотренным законом или иными правовыми актами договором, например, договором комиссии, агентским

²⁵ Ахмедов А. Я. Непоименованные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 2015. С. 12.

²⁶ Савельев А. И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2011. № 8 (225). С. 7.

²⁷ Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены : информ. письмо Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 № 69 // Вестн. ВАС РФ. 2003. № 1.

²⁸ О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении [Электронный ресурс] : постановление Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54. URL: <http://www.vsrfl.ru> (дата обращения: 25.11.2016).

договором или договором простого товарищества (главы 51, 52 и 55 ГК РФ), смешанным договором или договором, который не предусмотрен законом или иными правовыми актами (пункты 2 и 3 статьи 421 ГК РФ)».

Несмотря на наблюдаемую положительную динамику, суды продолжают давать «сбои» в работе над данным направлением. В частности, в Постановлении Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в абз. 2 п. 74 указано: «Договор, условия которого противоречат существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства, может быть квалифицирован как ничтожный полностью или в соответствующей части, даже если в законе не содержится прямого указания на его ничтожность. Например, ничтожно условие договора доверительного управления имуществом, устанавливающее, что по истечении срока договора переданное имущество переходит в собственность доверительного управляющего»²⁹. Как справедливо заметил В. А. Белов: «А как же свобода договора, в частности, возможность заключения договоров, не предусмотренных законодательством, а также смешанных и комплексных договоров (п. п. 2 и 3 ст. 421 ГК РФ)?»³⁰. Если суды станут расширительно толковать данную Пленумом ВС РФ рекомендацию, то это существенно пошатнет стабильность принципа свободы в части возможности заключения непоименованных и смешанных договоров.

Смешанные договоры являются неотъемлемой частью не только российского современного гражданского оборота, но и зарубежного. В законодательстве некоторых иностранных государств содержатся специальные положения о смешанных договорах, где они именуется по-разному: mixed contract, hybrid contract, gemischter Vertrag и т. д. Более подробно правовое регулирование смешанных договоров в иностранных государствах рассмотрено в публикации А. И. Савельева «Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве». К

²⁹ О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 // Рос. газ. 2015. 30 июня.

³⁰ Белов В. А. Двадцать пятое Постановление Пленума: толкование или... законодательство? // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

примеру, согласно ст. 6:215 ГК Нидерландов, «если договор соответствует описанию двух или более особых видов договоров, регулируемых законом, то положения, установленные для каждого вида договоров, применяются к ним соответствующим образом, кроме случаев, когда эти положения несовместимы или когда смысл их в связи с характером договора препятствует применению». Таким образом, законодатель, рассматривая элементы смешанного договора в качестве равнозначных, ориентирует на их совместное применение, за исключением случаев, когда это невозможно в силу характера договора.

Несколько иные положения о смешанных договорах содержит ГК Словакии, по § 491 (3) которого обязательства, возникающие из смешанных договоров, регулируются положениями закона о соответствующих обязательствах, если договором не предусмотрено иное³¹. Примечательно, что в качестве фактора, обуславливающего исключение применения общего принципа регулирования смешанных договоров, здесь фигурируют условия договора, а не такие критерии, как его характер, природа или цель.³² Схожие законоположения содержатся в ст. 1746 ГК Чехии³³.

Дефиниция «смешанный договор» законодательно закреплена также в нормативных актах стран бывшего СССР: в частности, в ст. 381 ГК Республики Казахстан³⁴, ст. 628 ГК Украины³⁵, ст. 391 ГК Республики Беларусь³⁶, ст. 437 ГК Республики Армения³⁷, ст. 382 ГК Кыргызской Республики³⁸, ст. 354 ГК Республики Узбекистан³⁹, п. 3 ст. 6. 156 ГК Республики Литва⁴⁰. Понятие

³¹ Цит. по: Савельев А. И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2011. № 8 (225). С. 7.

³² Там же. С. 11.

³³ Гражданский кодекс Чешской Республики от 3 февраля 2012 г. № 89 [Электронный ресурс]. URL: <http://eu4ru.com/> (дата обращения: 27.09.2016).

³⁴ Гражданский кодекс Республики Казахстан. Алматы, 2001. 400 с.

³⁵ Гражданский кодекс Украины. Одесса, 2012. 360 с. (См. подробнее о смешанных договорах в гражданском праве Украины: Лидовец Р. А. Змішані договори в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львов, 2005. С. 5.)

³⁶ Гражданский кодекс Республики Беларусь 07.12.1998 № 218-3 // Ведомости Нац. собрания Респ. Беларусь. 1999. № 7–9. Ст. 101.

³⁷ Гражданский кодекс Республики Армения от 17 июня 1998 г. [Электронный ресурс]. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31420016#pos=32;-321 (дата обращения: 27.09.2016).

³⁸ Гражданский кодекс Кыргызской Республики от 08.05.1996 № 15 (Часть I) [Электронный ресурс]. URL: http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30212538 (дата обращения: 27.09.2016).

³⁹ Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 29.08.1996 № 257-I. Узбекистан, 2012.

⁴⁰ Гражданский Кодекс Республики Литва от 18.07.2001 [Электронный ресурс]. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495> (дата обращения: 27.09.2016).

смешанных договоров в этих актах идентично определению, закрепленному в ст. 421 ГК РФ. Это логично, так как указанные кодексы принимались на основе Рекомендательного законодательного акта СНГ «Гражданский кодекс. Модель», утвержденного на Пятом пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств – участников СНГ, прошедшей в г. Санкт-Петербурге 29 октября 1994 г.

В законодательных актах некоторых стран Балтии, напротив, можно наблюдать отсутствие прямого закрепления термина и понятия смешанного договора. Так, в Обязательственно-правовом законе Эстонии не содержится понятия смешанного договора. Из контекста некоторых статей этого закона можно определить, какие механизмы регулирования необходимо применять в случае появления условий одного договора в рамках другого. Так, в п. 2 ст. 208 указанного Закона закреплено, что положения главы о купле-продаже не применяются к договорам, в соответствии с которыми большая часть обязанностей стороны договора, приобретающей вещь, заключается в выполнении работы или оказании иной услуги⁴¹.

Подобный подход отражается и в статьях ч. 4 Гражданского закона Латвийской Республики. Например, в ст. 2013 этого Закона изложено, что, если только покупная плата по договору купли-продажи вначале определена в деньгах, то последующее соглашение контрагентов внести ее в других вещах сущности договора не меняет. Сущности договора не меняет и то, что покупатель обязывается, кроме покупной платы, исполнить еще что-либо другое. Также в ст. 2110 Гражданского закона Латвийской Республики отмечено, что, если предметом договора поставки является известное действие, то к этому договору применяются правила договора подряда. Данные статьи исключают проявление признака смешанности в указанных договорах в силу закрепления правил регулирования преобладающей части договора. Однако в ст. 2119 Закона констатируется, что арендная или наемная плата может вноситься как в деньгах,

⁴¹ Обязательственно-правовой закон Эстонии от 26.09.2001 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused> (дата обращения: 27.09.2016).

так и в других заменимых вещах⁴². Таким образом, несмотря на то что гражданское законодательство Латвии строится по пандектной системе права, в нем отсутствует общая норма, регулирующая принцип свободы договора, в том числе понятие смешанного договора. Но правила регулирования данных общественных отношений в отдельных договорных конструкциях все же присутствуют.

Законодательство большинства других стран также не содержит положений о смешанных договорах, вследствие чего возникающие вопросы разрешаются судебной практикой в ходе рассмотрения конкретных прецедентов. К таким странам относятся США, Англия и Франция.

В США проблема квалификации смешанных договоров связана главным образом с определением судами применимости положений Единообразного торгового кодекса (далее – ЕТК) к конкретному договору. Американские суды выработали подходы к разрешению вопроса о применимости положений ЕТК о купле-продаже к смешанным договорам. Доминирующим является критерий основной цели, в соответствии с которым смешанный договор подчиняется правовому режиму того элемента договора, который отражает его основную цель.

В Англии суды также сталкиваются с проблемой определения применимых норм к договорам, включающим в себя элементы купли-продажи и услуг. Основным критерием определения применимых положений в таких случаях выступает существо договора, которое так или иначе присутствует в любом договоре.

Французская судебная практика по этому вопросу является спорной. С одной стороны, в литературе отмечается, что суды часто склоняются к определению преобладающего элемента договора и применению ко всему смешанному договору правил, предусмотренных в отношении такого элемента. С другой стороны, иногда используется и иной подход. Например, в одном деле суд

⁴² Гражданский закон Латвийской Республики от 1937 года. [Электронный ресурс]. URL: http://www.pravo.lv/likumi/05_4_gz.html (дата обращения: 27.09.2016).

применил к договору купли-продажи ядерной электростанции, которая должна была быть построена, в соответствующих частях правила о поставке и подряде⁴³.

Резюмируя вышесказанное, можно сделать вывод, что законодательное регулирование и судебное толкование понятия смешанного договора в зарубежных странах являются противоречивыми и порождают большое количество споров, так же как и в России.

В целях выявления оптимального подхода к пониманию такой правовой категории, как смешанный договор, важной задачей является поэтапное рассмотрение признаков и существа смешанного договора, вытекающих из законодательных и доктринальных определений. Необходимо выделить конститутивные признаки смешанного договора в силу того, что «они образуют своеобразный «каркас», матрицу договора, наложив который на конкретное общественное отношение, мы можем определить: является ли оно»⁴⁴ смешанным договором или нет.

Основные признаки смешанного договора, которые чаще всего цитируются в научной литературе, были предложены М. И. Брагинским: 1) в составе смешанного договора должно быть не менее двух договоров; 2) сам смешанный договор к числу поименованных не относится, за исключениями, установленными законом (является нетипичным для гражданского законодательства); 3) договоры, входящие в состав смешанного договора, должны быть поименованы в гражданском законодательстве; 4) применяется презумпция возмездности смешанных договоров; 5) необходимо наличие определенной связи между правовыми режимами элементов договоров в составе смешанного⁴⁵.

Эти признаки, как правило, применяются в судебной практике и берутся за основу исследователями, рассматривающими правовую природу смешанных

⁴³ Савельев А. И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2011. № 8 (225). С. 11.

⁴⁴ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001. С. 24.

⁴⁵ Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 60.

договоров. А некоторые авторы, несмотря на общеизвестность этих критериев, даже используют их как положения, выносимые на защиту диссертации⁴⁶.

В настоящем диссертационном исследовании так или иначе указанные признаки будут применяться или оспариваться при рассмотрении конкретных дискуссионных вопросов, а также при соотношении смешанных договоров со сходными правовыми явлениями.

§ 2. Системность смешанного договора и его элементы

Системность – это свойство объекта обладать признаками системы. Анализ юридической литературы показывает, что при характеристике смешанного договора ни один исследователь не обходит стороной такие вопросы как элементы смешанного договора, их взаимодействие, преследуемые цели. Все эти понятия являются основными категориями системного подхода.

В Толковом словаре С. И. Ожегова под «смешанным» понимается «образовавшийся путем смешения чего-нибудь, являющийся помесью; состоящий из разнородных, разных частей, элементов, участников»⁴⁷. Смешение предполагает наличие в том или ином явлении двух и более компонентов. Поэтому можно признать справедливым суждение М. И. Брагинского о том, что договоров, элементы которых входят в содержание смешанного договора, должно быть не менее двух. В противном случае соответствующий договор не может вообще считаться смешанным⁴⁸. В связи с этим справедливо возникает вопрос: а как определить, что в смешанном договоре содержатся элементы двух и более договоров, если не совсем ясно, что такое элементы, характеризующие данные договоры в составе смешанного? Какие именно элементы образуют структуру смешанного договора?

⁴⁶ См.: Акифьева И. В. Смешанные правовые договоры: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. СПб., 2011. С. 8–9.

⁴⁷ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеол. выражений / Рос. акад. наук. Ин-т рус. языка им. В. В. Виноградова. М., 1999. С. 786.

⁴⁸ Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 60.

В связи с изложенным, неоспоримым является факт о том, что понимание смешанного договора невозможно без выяснения такого компонента как элемент договора. Однако элементы не существуют сами по себе, без взаимосвязи друг с другом. Сущность смешанного договора, вне всяких сомнений, не может быть выявлена путем простого перечисления и изолированного рассмотрения тех или иных частей той или иной «совокупности», без определения связей между ними, анализа функционирования их как единого целого. Эвристический потенциал системного подхода отмечается и в юридической литературе. В частности, Ц. А. Ямпольская указывала, что «использование выводов общей теории систем с учетом особенностей предмета, и есть ключ к познанию еще неизвестных сторон изучаемых явлений и процессов»⁴⁹.

В правоведении подтверждение получила точка зрения, согласно которой «категория система относится к числу всеобщих категорий, то есть она применима к характеристике любых предметов и явлений, всех объектов»⁵⁰.

Полагаем, что смешанный договор не может рассматриваться как механический, суммативный набор его элементов, не связанных общей целью и особым механизмом функционирования. Полагаем, что именно системный подход позволит выявить особые системные признаки изучаемого объекта (смешанного договора) и обнаружить закономерности его функционирования.

Следует иметь в виду, что существуют множество вариантов («категориальных каркасов») системного подхода, с помощью которых проводится системное описание объекта⁵¹. Нам импонирует модель системного подхода, разработанного В. Н. Сагатовским⁵², согласно которой наиболее значимыми категориями системного подхода являются следующие: элемент системы (исходная функциональная единица системы); состав системы (набор элементов системы); структура системы (связь между элементами системы); цель системы (результат, для достижения которого существует система).

⁴⁹ Ямпольская Ц.А. К методологии науки управления // Советское государство и право. 1965. № 8. С. 21.

⁵⁰ Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 17.

⁵¹ Виниченко Ю.В. Гражданский оборот как система // <https://cyberleninka.ru/article/v/grazhdanskiy-oborot-kak-sistema>

⁵² Сагатовский В.Н. Опыт построения категориального аппарата системного подхода // Филос. Науки. 1976. № 3. С. 67-78.

Используя указанные компоненты, следует определить цель смешанного договора, выявить его элементы, определить особенности их взаимосвязи между собой и выявить особенности функционирования системы. Данным вопросам будут посвящены следующие самостоятельные разделы работы. Однако, начать необходимо с цели заключения смешанного договора.

Полагаем, что цели заключения смешанного договора выражаются в его функциях. Гражданско-правовой договор, как и любой юридический акт, имеет регулирующее значение для соответствующих субъектов гражданских правоотношений, обладает определенными функциями. Цель договора как средства гражданско-правового регулирования проявляется в его функционировании, а его значение в механизме правового регулирования договорных отношений проявляется через его функции.

В науке гражданского права вопрос о функциях гражданско-правового договора исследовался рядом авторов. Так, О. А. Красавчиков одним из первых отмечал, что «договор обладает присущей ему системой функций, посредством которой достигается соответствующий эффект договора». Автор выделял следующие функции гражданско-правового договора: инициативную, существо которой заключается в том, что именно договор является важнейшим юридическим основанием становления большинства гражданских правоотношений; программно-координационную, суть которой заключается в том, что договор в своем содержании заключает известную программу поведения его сторон путем взаимоувязки (координации) их интересов; информационную, которая состоит в том, что в результате заключения договора и надлежащего оформления происходит фиксация воли сторон, достигнутая по поводу условий договора; гарантийную (обеспечительную), которая заключается в том, что именно посредством договора стороны «закладывают» в свои договорные отношения юридические обеспечительные, а также стимулирующие меры. По мнению О. А. Красавчикова, названные функции являются общими для всех гражданско-правовых договоров, наличие которых не исключает существование

функций специфических⁵³. Признавая значимость выделения данных функций ученым, полагаем, что эти функции договора были характерны как для советского гражданского оборота, так и сохраняют свою актуальность по сей день.

Вопрос о функциях гражданско-правового договора является дискуссионным и продолжает обсуждаться цивилистами. Так, например, И.Г. Вахнин обосновывает функционирование договора его целями: цели договора определяют его назначение как правового средства, поэтому они связаны с эффективностью выполнения договором своих функций.⁵⁴

Исследуя вопрос о функциях договорного регулирования нельзя обойти вниманием точку зрения М.Ф. Казанцева, посвятившему диссертационное исследование договорному регулированию. По его мнению, значение договора в механизме правового регулирования договорных отношений проявляется через следующие его функции:

1) инициативная функция, выражающаяся в том, что договор выступает средством, запускающим механизм правового регулирования договорных отношений;

2) селективная функция, выражающаяся в том, что договор из всего массива правовых норм выявляет нормы, распространяющиеся на отношения сторон по данному договору (в частности путем выбора сторонами вида договора и, соответственно, норм, составляющих его правовой режим, или путем исключения сторонами применения диспозитивных норм к своим отношениям);

3) регулятивная функция, выражающаяся в том, что договор выступает средством правового регулирования договорных отношений, причем формами проявления регулятивного воздействия договора являются, в частности, установление (возникновение) договорного правоотношения, изменение содержания и прекращение договорного правоотношения, изменение субъектного состава договора (договорного правоотношения), признание и подтверждение

⁵³ Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции / Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сборник научных трудов. - Свердловск, УрГУ, 1980. - С. 16-20.

⁵⁴ Цит. По: Демин А.А. Договор и договорное регулирование в гражданском праве Российской Федерации : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03. Нижний Новгород, 2014. С. 142.

права (правоотношения), устранение спорности (неопределенности) в договорном правоотношении;

4) юридико-фактическая функция, выражающаяся в том, что договор выступает в роли юридического факта, необходимого для возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей, смоделированных законом (правовыми нормами), причем договор является центральным, но далеко не единственным юридическим фактом, необходимым для развития договорного правоотношения.⁵⁵

Симптоматично, что большинством авторов выделяется именно регулирующая функция договора. Так, Е. А. Суханов характеризует регулирующую функцию договора как сделки, определяющей специфику и содержание возникшего на ее основе обязательства, и как обязательства, устанавливающего конкретные действия сторон по его исполнению. Данная функция проявляется и в том, что условия договора определяют не только конечный результат (цель) и содержание согласованных действий сторон по его исполнению, но во многих случаях и порядок их совершения.

М.И. Брагинский отмечал, что регулирующая роль договора сближает его с законом и нормативными актами, поскольку условия договора отличаются от правовой нормы, главным образом, двумя принципиальными особенностями. Первая особенность связана с происхождением правил поведения: договор выражает волю сторон, а правовой акт – волю издавшего его органа. Вторая особенность позволяет различать пределы действия правил поведения: в договоре они действуют только для его сторон. Для тех, кто не является сторонами, он может создать права, но не обязанности. В то же время правовой или иной нормативный акт порождает, в принципе, общее для всех и каждого правило поведения.

В. Ф. Яковлев, выделяя такие две функции гражданско-правового договора, как функция юридического факта и регулятивная функция, также говорит о

⁵⁵ Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2008. С. 17-18.

большей значимости регулятивной функции договора, поскольку законы обычно устанавливают лишь общие правила, заключенные в содержании договора, а конкретное регулирование в рамках закона осуществляется посредством договора.

К.И. Забоев справедливо приходит к выводу, что единственной достойной выделения функцией гражданско-правового договора и наиболее значимой является непосредственно регулирующая функция, а все иные функции производны от нее и зависимы⁵⁶.

Встречаются в литературе и более нетрадиционные подходы к определению функций договора. К примеру, Е.В. Коломенская полагает, что все функции договора подразделяются на основные - составляющие «ядро единого множества функций» и специфические - присущие только отдельным договорам, среди которых функция установления конкретного правового режима экономических связей, функция закрепления необходимых для государства хозяйственных связей, функция инструмента планирования хозяйственной деятельности, функция преодоления неравенства сторон договора. По мнению автора, с учётом выявленных основных функций определяются способы их реализации на следующих этапах договорной работы: при выборе стратегии и контрагента - функция установления юридических связей; на этапе выработки условий договора - функция установления юридических требований, программно-координационная и саморегулирующая функции; в процессе исполнения договора - программно-координационная функция; при корректировке условий договора - функция установления юридических требований, программно-координационная и саморегулирующая функции; на этапе контроля исполнения договора - защитная функция; при закрытии и оценке результативности договора саморегулирующая функция⁵⁷.

⁵⁶ Забоев, К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забоев. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 31.

⁵⁷ Коломенская, Е. В. Функции договора в торговом обороте : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.03/ Коломенская Елена Владимировна. - Москва, 2006. – С. 6.

На основании рассмотренных подходов относительно выделения функций гражданско-правового договора, очевидно, что смешанному договору также присуща регулирующая функция. Такая функция проявляется в данном контексте значительно ярче, нежели в типичных унитарных договорах. В смешанных договорах в большей степени проявляется принцип свободы договора ввиду соединения в нем правовых режимов разных гражданско-правовых договоров и возможности сторон выбора соответствующих правовых норм, включаемых в договор с целью устранения потенциальных разногласий между сторонами. Достаточно часто соединение элементов различных договоров исключает применение «родных» норм об этих договорах и требует их изменения соглашением сторон. Спецификой правового регулирования общественных отношений, возникающих из смешанных договоров, является возможность возникновения коллизий, когда элементы смешанного договора регулируются различными нормами ГК РФ или различными нормативными правовыми актами. В связи с этим, регулирующее значение проявляется еще и в восполняющем характере положений смешанного договора. Так как из буквального толкования положений второго предложения п. 3 ст. 421 ГК РФ следует, что стороны могут своим соглашением исключить применение к их отношениям любых норм гражданского законодательства, если это не противоречит императивным нормам гражданского законодательства, регулирующие элементы смешиваемых договоров, и тем самым устранить коллизии в регулировании.

Таким образом, обоснована регулирующая функция смешанного договора, выражающаяся в том, что смешанный договор выступает основным средством правового регулирования общественных отношений, возникающих при его заключении. Специфическими формами проявления регулятивного воздействия смешанного договора являются, в частности:

- выявление норм, распространяющихся на отношения сторон по данному договору путем выбора сторонами видов смешиваемых договоров и, соответственно, норм, составляющих их правовой режим, или путем исключения сторонами применения диспозитивных норм к своим отношениям;

- устранение потенциальной спорности (неопределенности) в возникшем правоотношении при возникновении коллизий, когда элементы смешанного договора регулируются различными нормами ГК РФ или различными нормативными правовыми актами;

- восполнение пробелов в регулировании посредством установления норм в том случае, когда смешанный договор содержит элементы как поименованного, так и непоименованного договора.

Целесообразно выделить специфические функции смешанного договора, определяющие особенности его регулятивного воздействия. К ним следует отнести:

- конкретизирующую функцию (определение, формирующих правовой режим смешанного договора);

- саморегулирующую функцию (устранение потенциальной неопределенности в правовом регулировании отношений, возникающих из смешанного договора)⁵⁸;

- восполняющую функцию (устранение пробелов посредством установления правил поведения в случае, когда смешанный договор содержит элементы как поименованного, так и непоименованного договора).

А теперь перейдем к анализу исходной функциональной единицы смешанного договора – его элементам.

В лексическом значении слово «элемент» (от лат. *elementum* – стихия, первоначальное существо) означает составную часть сложного целого⁵⁹. Собственно, элементы разных договоров образуют в совокупности смешанный договор как единое целое.

Категории целостности и нецелостности, целого и части были впервые разработаны еще Аристотелем в «Метафизике» и других его трудах. Аристотель писал, что «если имеются части, то ничто

⁵⁸ Преодоление неопределенности возможно только путем ограничения числа степеней свободы производной материальной организации. Любая организация материальных форм накладывает на эти формы ограничения, что и приводит к уменьшению неопределенности. Так, самоорганизация есть один из механизмов выхода из неопределенности (Искусство преодоления неопределенности [Электронный ресурс]. – URL: http://becmology.ru/services/axiom_uncert.htm (дата обращения : 10.11.2017).

⁵⁹ Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. М., 1984. С. 1540.

не мешает, чтобы целого еще не было, так как части и целое – не одно и то же». Дальнейшее развитие названные категории получили в трудах Лейбница, Канта, Гегеля и других философов. Согласно их воззрениям, целостность (целое) характеризуется определенными свойствами, которые выражаются в положениях «целое несводимо к сумме своих частей», «целое больше суммы своих частей», «целое управляет частью» и др. Это означает, что у целого имеются такие отличительные признаки, которых нет у простой совокупности частей целого и которые возникают лишь в результате взаимодействия частей в организованной системе их связей. Данный эффект в литературе по системной методологии называют синергией. Это чрезвычайно важное свойство договора, которое отличает его от сделок и других правовых объектов⁶⁰.

О значимости категорий «элемент» и «часть» для анализа правовых явлений в своей работе указал Д. А. Керимов. Прежде всего, автор настаивает на несовпадении данных категорий между собой. Конкретно относительно элементов автор пишет, что, если бы тот или иной элемент не играл определенной роли в соответствующей структуре, он лишился бы качества элемента, превратившись в механическую приставку или дополнение к этой структуре. Специфика элемента в том и состоит, что он является необходимым атрибутом структуры⁶¹.

Целое имеет структуру, характеризуемую определенными устойчивыми связями частей этого целого. Гегель показал, что в целом (целостности) ни одна из сторон не может быть рассмотрена без другой, в целостном объекте части выражают природу целого и приобретают специфические для него свойства. Целостность возникает как система связей между исходными компонентами. В процессе развития целостного объекта претерпевают изменения и части целого, и сама эта целостность, в том числе в результате возникновения разновидных связей. Указанные положения получили широкое

⁶⁰ Цит. по: Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С. 7.

⁶¹ См. подробнее: Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М., 2009. С. 179–191.

применение и развитие в современном философско-методологическом направлении, которое именуется системным, или системо-деятельностным, подходом.

Итак, целое есть то, что имеет структуру, а именно части, элементы, соединенные устойчивыми связями в некое самостоятельно существующее образование. Познание целого достигается в результате раскрытия структуры; выявления, из чего целое состоит; и как его части (элементы) связаны между собой⁶². Выделение целостных объектов в праве имеет важное познавательное и непосредственное практическое значение, в том числе при изучении целостности договора, и в частности – смешанного договора.

В современной юридической литературе вопрос об элементах договора рассматривается, как правило, в разделах, посвященных отдельным видам договоров. При этом ученые чаще всего выделяют три элемента: субъекты, предмет (объект) и содержание. Подобный подход настолько распространен, что его можно считать общепризнанным. В подтверждение этого И. В. Елисеев выделяет шесть элементов договора: «В российской цивилистике к элементам договора традиционно относят его стороны, предмет, цену (в возмездных договорах), срок, форму и содержание, т. е. права и обязанности сторон»⁶³. Однако «цена» и «срок» охватываются понятием «содержание» договора. Таким образом, к общепризнанным элементам добавлен всего один – форма договора.

Существуют и другие точки зрения, которые достаточно полно привел в своей публикации А. Д. Корецкий. Например, В. М. Нечаев выделял три качественно новых элемента: одобряемое правом (имеется в виду позитивное право) содержание договора, возможность его имущественной оценки и намерение сторон заключить договор. Р. О. Халфина, раскрывая подходы к структуре договоров английского гражданского права, в качестве их общих элементов приводила: соглашение сторон, выразившееся в предложении (оферте) и в принятии этого предложения (акцепте); намерение сторон породить правовые

⁶² Цит. по: Пугинский Б. И. Указ. соч. С. 8.

⁶³ Гражданское право. Ч. 2 : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 7.

последствия; встречное удовлетворение и наличие определенной формы, составляющей *essentialia* договора⁶⁴. М. И. Кулагин указывает на два элемента: формальное равенство сторон в договоре и свобода воли лиц, вступающих в договор. В. В. Меркулов выделяет четыре элемента: субъектный состав, оферту и акцепт как акт выражения воли, направленной на заключение договора, содержание договора и основание (*cause*) договора как определенную экономическую цель⁶⁵.

По мнению Б. И. Пугинского, частями структуры договора следует признавать, прежде всего, элементный состав в виде участников договора и возникающую между ними в результате заключения договора связь в виде совокупности субъективных прав и юридических обязанностей, образующих содержание договорного обязательства⁶⁶.

Несмотря на многообразие высказанных выше позиций, в литературе нет споров о том, что относится к элементам договора и каков их количественный состав. Авторы, относящие к элементам договора субъектов, предмет (объект) и содержание, не опровергают и не критикуют альтернативные подходы. Данная позиция воспринимается как аксиома и поддерживается подавляющим большинством исследователей. Это удивляет, поскольку теоретическое решение вопроса обычно только тогда получает всеобщее признание, когда аргументирование опровергает альтернативные точки зрения.

Из законов формальной логики следует, что гражданское правоотношение – это частная разновидность правоотношений; любое правоотношение состоит из трех элементов – субъекта, объекта и содержания; договор, рассматриваемый как разновидность гражданского правоотношения, включает в свой состав «предмет» и «объект»⁶⁷, которые в договорах часто рассматриваются как синонимы. Следовательно, элементы договора – это субъекты, предмет (объект) и содержание.

⁶⁴ Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 121–122.

⁶⁵ Цит. по: Корецкий А. Д. Понятие и классификации элементов договора // Законность. 2005. № 10. С. 39–40.

⁶⁶ Пугинский Б. И. Указ. соч. С. 12.

⁶⁷ Вопрос о соотношении данных категорий является дискуссионным.

Вместе с тем подобный подход небезупречен. Определенную сложность в познании договора создает множественность его проявлений. Как верно отмечал в свое время Гегель, договор – это «узел» различных свойств⁶⁸. Договор – понятие многозначное. Классически в гражданско-правовой доктрине и в законодательстве термин «договор» употребляется в трех различных смыслах: как основание возникновения правоотношения (юридический факт); как само правоотношение, возникшее из этого основания (договор-правоотношение); как форма существования правоотношения (договор-документ)⁶⁹. М. И. Брагинский верно говорил о различных значениях термина «договор» как об омонимах⁷⁰.

В настоящее время все чаще встречаются исследования, в которых критикуется сложившееся в науке гражданского права в качестве преобладающего многозначное понимание договора. По мнению М. Ф. Казанцева, «такое положение вещей методологически некорректно, поскольку в этом случае под договором понимаются три разных, хотя и взаимосвязанных, явления (объекта): через соглашение, сделку и юридический факт объясняется одно и то же явление». Автор утверждает, что «договор – это идеальный объект, выражающий волю совершивших его сторон; через правоотношение (обязательство) – другое явление, а именно правовая связь, возникшая между сторонами вследствие заключения договора; через документ – третье явление, а именно материальный объект, выступающий в качестве формы (средства) внешнего выражения договора как идеального объекта»⁷¹. О. А. Красавчиков, являвшийся также противником такого широкого понимания значения термина «договор» и считавший, что понимание договора как гражданского правоотношения представляется неоправданным, так как в нем смешивается юридический факт и его правовые последствия, все же соглашался с тем, что сам

⁶⁸ Цит. по: Пугинский Б. И. Указ. соч. С. 13.

⁶⁹ Витрянский В. В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 3–12.

⁷⁰ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 2001. С. 11.

Омóнимы (др. -греч. óмóς – одинаковый + óвоца – имя) – разные по значению, но одинаковые по написанию единицы языка. Термин введен Аристотелем (см.: <http://ru.wikipedia.org>).

⁷¹ Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2008. С. 14.

термин «договор» может иметь несколько смыслов⁷². Помимо указанных значений, в литературе «договор» иногда рассматривают и в иных смыслах. К примеру, как акт индивидуального регулирования⁷³ и т. д.

Количественный и качественный состав элементов договора не является неизменным и зависит от аспекта, в котором он рассматривается. В этом смысле у договоров может быть совершенно различный элементный состав. Например, если договор рассматривать как разновидность сделки (как юридический факт), то элементы договоров должны совпадать с элементами сделок. Однако во многих вузовских учебниках указывается другой элементный состав, включающий в себя волю и волеизъявление, основание (*causa*), цель сделки и мотив (хотя он лежит вне сделки). По этому поводу М. И. Брагинский и В. В. Витрянский справедливо замечают: «Договоры в их качестве сделки, не отличаясь от других юридических фактов, не имеют содержания. Им обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение»⁷⁴.

В связи с этим А. Д. Корецкий указывает, что вряд ли субъектов договора можно назвать его элементами. Он аргументирует это, приводя следующий пример. Некорректно, по его мнению, говорить о том, что продавец Иванов и покупатель Сидоров – элементы заключенного между ними договора купли-продажи велосипеда, поскольку, когда говорится об «элементах», имеются в виду простейшие составляющие, своеобразные «принадлежности» сложного рассматриваемого явления (в этом случае – договора), а конкретные граждане Иванов и Сидоров вряд ли являются «принадлежностями» заключенного между ними соглашения. Ведь договор – это объект правового регулирования; стороны – субъекты права. Сказать, что стороны – это элемент договора, все равно что утверждать, что субъекты права – элементы объекта правового регулирования, а это вряд ли правильно, по разумению А. Д. Корецкого⁷⁵.

⁷² См.: Советское гражданское право : учебник : в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 432–433.

⁷³ См., например: Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Екатеринбург, 2009. 54 с.

⁷⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 2001. С. 116.

⁷⁵ См.: Корецкий А. Д. Понятие и классификации элементов договора // Законность. 2005. № 10. С. 41.

Как нам кажется, автор несколько теоретизирует значение субъектов для договора. Учитывая цель нашего исследования и п. 3 ст. 421 ГК РФ, с такой позицией нельзя согласиться, так как считаем, что для квалификации договора весомое значение, как правило, имеет правовой статус субъектов. Например, если Иванов (продавец) является лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность по купле-продаже, а Сидоров (покупатель) является лицом, приобретающим велосипед для личных целей, налицо специфика данного договора как потребительского и публичного. Ситуация изменится, если оба лица будут просто гражданами. То есть правовой статус субъектов оказывает существенное влияние на правовое регулирование возникшего общественного отношения. Невозможно просто исключить субъектов из того или иного договора.

Исходя из этого, субъектный состав является важной «принадлежностью» заключенного договора, и, соответственно, в целях толкования положений ст. 421 ГК РФ относим его к элементам.

Если согласиться с тем, что элементы договора как правоотношения – это его субъекты, объект и содержание, то чем будут основание (*causa*) договора, его цель, предмет, мотив? И почему при существующем в литературе отождествлении договоров и сделок их элементы не совпадают?

Ответы на поставленные вопросы можно найти, если определиться с тем, в каком качестве мы рассматриваем договор – как вид сделки (юридический факт) или как гражданское правоотношение. Кроме того, к элементам договора как сделки можно, по мнению А. Д. Корецкого, отнести: его основание (*causa*), цель договора, а также условия действительности⁷⁶.

Рассматривая договор как документ, можно говорить об элементах его структуры, элементах формы и элементах содержания. К элементам структуры относятся логически связанные части его текста: преамбула (или вводная часть), описание предмета договора, дополнительные условия договора, прочие условия договора. Элементами формы будут оферта и акцепт, выраженные устно, письменно или посредством конклюдентных действий; оттиски печатей; подписи

⁷⁶ См.: Корецкий А. Д. Понятие и классификации элементов договора // Законность. 2005. № 10. С. 41.

сторон, в необходимых случаях – соответствующие бланки, штампы и т. д. (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Если договор представляет собой единый документ, подписанный сторонами, то к элементам формы добавляется само слово «договор» или «соглашение», стоящее в заглавии документа, а также фраза о том, что «стороны заключили договор (договорились) о нижеследующем...», или иная, равнозначная ей по смыслу. К элементам содержания договора ГК РФ относит его условия: существенные, обычные, случайные.

Если оценивать договор как акт индивидуального поднормативного регулирования, можно говорить о сущностных элементах, отличающих договор от иных социальных регуляторов. К ним относятся особая форма выражения воли – соглашение, субъективная выполнимость договора и намерение (воля) сторон добровольно его исполнить⁷⁷.

Обобщив существующие в литературе и судебной практике точки зрения об особенностях элементного состава непосредственно смешанных договоров, можно убедиться в неоднозначности категории «элементы». В частности, в судебной практике под «элементами» различных договоров в составе смешанного подразумеваются не отдельные обязанности, входящие в содержание того или иного договора, а их определенная совокупность, характерная для соответствующего договорного типа (вида). Также суды учитывают правовую цель рассматриваемого при возникновении спора договора⁷⁸. Подобные суждения высказывают и Д. В. Огородов и М. Ю. Чельшев, приводя формулировку элементов смешанного договора несколько шире. Они указывают, что элементами могут быть разные условия нескольких договоров, относящихся к одним и тем же лицам⁷⁹.

А. И. Савельев предлагает «уйти от попыток поиска конститутивных признаков соответствующего договора в каждом элементе смешанного договора и использовать иной, более гибкий подход», на основе которого «можно оформить

⁷⁷ См.: Корецкий А. Д. Указ. соч. С. 41.

⁷⁸ См., например: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.11.2009 № А11-10022 / 2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁷⁹ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики // Законодательство и экономика. 2005. № 10. С. 52.

более адекватное определение категории «элементы смешения» и понятие смешанного договора в целом»⁸⁰. Центральный аспект такого подхода – категория «исполнение», которая имеет решающее значение для той или иной договорной модели. Причем автор отмечает, что именно в обязательстве, исполнение которого имеет решающее значение для договора, и проявляется направленность конкретного поименованного договора и его индивидуальные черты. В подтверждение указанного делаются ссылки на практику, применяемую в международном частном праве при определении права, применимого к договору. А. И. Савельев приводит сложный многоэтапный (6 стадий) алгоритм определения элементов смешения. На последней стадии указывается, что, если регулятивный режим, вытекающий из одной квалификации элемента, оказывается более приемлемым с «политико-правовой» точки зрения, чем другой, то суду, исчерпавшему все иные методы выбора, не остается ничего иного, как осуществить его на основе прагматических соображений»⁸¹. То есть, провозглашая эффективность своей методики определения элементов смешения, автор в итоге адресует существующую проблему судьям на усмотрение. Очевидно, что это в свою очередь привело бы к увеличению возможностей для судейского произвола. Другие аспекты предложенной теории также вызывают сомнения.

Во-первых, критика существующих на сегодня подходов относительно понятия «элементов» смешанного договора указанным автором необоснованна потому, что он, по сути, предлагает то же самое, но объясняя это иными категориями. В частности, ученый неоднократно ссылается на ключевую значимость цели заключения договора, о чем уже достаточно подробно указывалось во многих научных трудах по договорному праву, в том числе и посвященных смешанным договорам.

⁸⁰ См.: Савельев А. И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2011. № 8 (225). С. 17.

⁸¹ См. подробнее: Савельев А. И. Указ. соч. С. 17–24.

Во-вторых, на наш взгляд, А. И. Савельев отождествляет понятия «обязательство», «обязанность»⁸² и «исполнение». В теории гражданского права это несовпадающие понятия. В своем исследовании, посвященном исполнению обязанности, В. С. Толстой указывал: «Исполнение договоров» – один из тех терминов, который следует избегать в научной литературе и судебно-арбитражной практике по следующим причинам. Посредством данного термина иногда обозначается исполнение обязанностей на самом деле не возникшим в силу недействительности договора, который направлен на их установление, либо по иной причине. Между тем обязанность не может быть исполнена, пока она не вызвана к жизни фактом, которому закон придает юридическую силу. Отсюда вытекает, что действия, которые совершаются на основе несуществующих обязанностей, либо безразличны для закона, либо имеют иное значение с его точки зрения»⁸³. Обязанности отражают содержание обязательственного правоотношения в статике, а исполнение отражает динамику правоотношения.

В-третьих, отсылки к международной практике, конечно, представляют определенный интерес, но нужно учитывать особенности перевода и применения тех или иных терминов в международном праве, а также специфику споров об определении применимого права и т. п.

Таким образом, считаем, что указанная теория не решит проблем, связанных с квалификацией элементов смешанного договора.

Существуют и иные подходы к понятию «элементы» смешения. В частности, С. К. Соломин указывает, что «в качестве элемента известного типа (вида) гражданско-правового договора может выступать исключительно элемент, представляющий собой квалифицирующее обязательство данного договора»⁸⁴. Такое видение элементов кажется нам ошибочным в силу того, что для юридической литературы является чуждым само словосочетание «квалифицирующее обязательство». Думается, квалифицирующими могут быть

⁸² О соотношении данных понятий подробнее изложено в § 3 настоящей главы.

⁸³ Толстой В. С. Исполнение обязательств. М., 1973. С. 19–20, 21.

⁸⁴ Соломин С. К. Реализация принципа свободы договора в контексте заключения смешанного договора // Право и экономика. 2011. № 10. С. 44.

признаки. В то же время спорным является вопрос о том, сколько обязательств порождает смешанный договор и какова их природа.

Отсутствие единого подхода к понятию «элементы договора» и неясность относительно того, какой из рассмотренных выше подходов использовал законодатель при разработке норм ГК РФ, посвященных понятию договора, наталкивают на вопрос, насколько вообще корректно употребление такого термина в контексте определения смешанного договора. Однако на сегодняшний день ГК РФ предоставляет возможность опираться только на понятие «элементы», поэтому приходится его использовать.

С учетом анализа преимуществ и недостатков приведенных подходов думается, что категорию «элементы» через призму квалификации смешанного договора стоит понимать иначе. Важно определить, насколько самостоятельное значение имеет тот или иной элемент в составе смешанного договора. Следовательно, понятие «элементы» необходимо определять через нормообразующие (квалифицирующие) признаки договоров⁸⁵. Речь идет об объединении лишь таких условий различных договоров, которые в конечном итоге являются основаниями для классификации соответствующих договорных типов и видов. К ним следует относить субъектный состав, предмет⁸⁶ и признак направленности договора на определенный правовой результат (правовая цель договора)⁸⁷, которого стороны хотят достигнуть в процессе исполнения.

Причем требует уточнения вопрос о том, объединение каких элементов образует смешанный договор – разных договорных типов или видов договоров в рамках одного договорного типа.

О. С. Иоффе придерживался мнения, что «при разграничении отдельных видов договоров важная роль принадлежит понятиям типа, разновидности и смешанного договора. Так, договоры купли-продажи и мены различаются как определенные договорные типы; розничная купля-продажа – это разновидность

⁸⁵ См. более подробно о нормообразующих признаках: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 83–106.

⁸⁶ Под предметом договора понимается действие сторон, направленное на материальное благо.

⁸⁷ Имеется в виду тот юридический результат, ради достижения которого лица вступают в договор. (См.: Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная часть : учебник. М., 2003. С. 193–194.)

того договорного типа, который именуется куплей-продажей; договор, по которому одна вещь обменивается на другую с определенной денежной доплатой, есть уже смешанный договор, соединяющий в себе элементы двух договорных типов – мены и купли-продажи. Если заключенный договор опосредствует два или несколько разнородных отношений и объединяет условия, объективно необходимые для формирования обязательств различных типов, он становится смешанным договором. Например, соглашение об оплате приобретенной вещи деньгами и работой признается смешанным договором, так как объединяет элементы купли-продажи и подряда.

При заключении весьма своеобразного договора, но охватываемого одним из закрепленных в законе договорных типов, он будет подчинен правилам о договоре этого типа. И лишь когда формируется не противоречащее закону, но и не предусмотренное им договорное обязательство нового типа (непоименованный договор), его нормирование должно осуществляться по аналогии закона или в подлежащих случаях по аналогии права»⁸⁸.

По нашему мнению, смешанный договор может быть укомплектован как посредством соединения элементов договоров разных договорных типов, так и путем объединения элементов разных видов договоров в рамках одного договорного типа. Например, на практике встречаются договоры о продаже предприятия с условием о поставке нового оборудования на него. Налицо смешение двух видов договора купли-продажи (поставки и купли-продажи предприятия) в рамках одного договорного типа, направленного на передачу имущества в собственность. Но в данном случае все равно имеет место применение не общих положений о купле-продаже, а о купле-продаже предприятия и о поставке соответственно. То есть происходит комбинированное (разделенное) регулирование, что присуще смешанным договорам в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ. Этот вывод подтверждается и судебной практикой⁸⁹.

⁸⁸ Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 37–38.

⁸⁹ См., например: Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»: информ. письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 № 59 // Вестн. ВАС РФ. 2001. № 4.

Суммируя изложенное выше, полагаем, что наиболее обоснованной является позиция Е. В. Татарской, согласно которой квалифицирующие условия сконцентрированы в предмете договора, объединяющем в себе признаки направленности, возмездности/безвозмездности⁹⁰ и объекта, а также, в ряде договоров, и положения, закрепляющие признаки субъекта. Следовательно, элементами, совмещение которых в одном договоре позволяет квалифицировать договор как смешанный, являются предмет договора в совокупности с особенностями субъектного состава договорного правоотношения, определяющие его выделение в качестве типа и вида в системе договорных обязательств. Действительно, сочетаемые в смешанном договоре совокупности обязательств должны быть не просто присущи или характерны для определенного договора; они должны составлять его суть, отличать его от всей массы иных договорных типов и видов. Таким образом, основными элементами, соединением которых в рамках одного договора позволяет говорить о смешанной модели, являются комплексы, или совокупности прав и обязанностей сторон, выделенные законодателем в качестве предметов тех или иных договоров, в сочетании со значениями системного признака субъекта, присущими конкретным договорам⁹¹.

Несмотря на привлекательность указанного понимания элементов договора, нужно все-таки внести некоторые уточнения. Как верно отмечает А. И. Савельев⁹², остается открытым вопрос, необходимо ли наличие в договоре всех в совокупности таких элементов нескольких поименованных (или непоименованных) договоров для того, чтобы договор был квалифицирован в качестве смешанного, или достаточно, чтобы смешивались лишь некоторые из таких элементов.

Если обратиться к судебной практике, то можно привести Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24.09.2002, в котором закреплено, что договоры

⁹⁰ Однако, в доктрине встречается мнение о том, что данный признак никак не влияет на квалификацию договора как смешанного, а является простым компонентом договора, не входящим в его элементы (См.: Сляднев П.В., Узденова А.М. Конструкция смешанного договора // Актуальные проблемы современной науки: сб. мат. V Междун. науч.-практ. конф. 2016. С. 149.)

⁹¹ См.: Татарская Е. В. Непоименованные и смешанные договоры // Рос. юстиция. 2007. № 4. С. 12; Она же. Смешанные договоры в гражданском праве РФ: правовая природа и классификация // Право и экономика. 2007. № 7. С. 107–109.

⁹² Савельев А. И. Указ. соч. С. 18–19.

об обмене товаров на эквивалентные им услуги (работы или имущественные права) являются смешанными и содержат в себе элементы договоров купли-продажи и возмездного оказания услуг. Как видно, в указанном договоре отсутствуют как некоторые элементы договора купли-продажи (встречное предоставление в виде денег), так и элементы договора возмездного оказания услуг (опять же оплата в виде денег).

Исходя из примера, стоит заметить, что в результате смешения происходит своего рода «растворение» некоторых элементов договоров, входящих в его структуру. В данном случае смешанным договором были поглощены элементы эквивалентного встречного денежного предоставления. Думается, такое «растворение» допустимо относительно таких элементов, как системный признак субъекта; возмездность/безвозмездность и определенные права и обязанности, в то время как правовой результат (цель) договора и предмет (объект) договора сохраняются при смешении договоров. Этот вывод еще раз подтверждает, что существование «договора в договоре» недопустимо.

Таким образом, под элементами смешанного договора нужно понимать определенную совокупность элементов гражданско-правового договора (предмет договора, проявляющийся в соответствующих правах и обязанностях сторон, и объект договора; системный признак субъекта; возмездность/безвозмездность и правовой результат (цель) договора), количественный состав которых зависит от варианта смешения разных договоров в рамках структуры смешанного договора. Это те элементы, которые необходимы и достаточны для выявления признаков того или иного договорного типа (вида), в том числе непоименованного, в составе смешанного договора.

Причем содержание договора, выражающееся в соответствующих правах и обязанностях сторон; объект и признак субъекта договора к элементам смешанного договора относятся в контексте понимания договора как правоотношения. Возмездность/безвозмездность и правовой результат (цель) договора к элементам смешанного договора относятся в контексте понимания

договора как юридического факта (сделки). В целях квалификации договора в качестве смешанного данные элементы следует рассматривать в совокупности.

В связи с подобным пониманием элементов смешанного договора необходимо конкретизировать следующий момент. По мнению Ю. В. Романца, к смешанному стоит относить договор, содержащий в себе системные признаки различных договоров. В частности, в договоре проката транспортного средства сочетаются признак субъекта, присущего договору проката, и признак объекта, присущего договору аренды транспортного средства с экипажем; в договоре ссуды здания сочетается признак безвозмездности, присущий договору ссуды, и признак объекта, присущий договору аренды зданий и сооружений⁹³.

Е. В. Татарская считает, что такой договор не является смешанным, поскольку не содержит в качестве составных частей комплексов (совокупностей) прав и обязанностей сторон, позволяющих квалифицировать их как элементы (предмет в сочетании со значением признака субъекта) какого-либо типа (вида) договора. Так, договор проката транспортного средства является договором проката, объект которого, транспортное средство, не отменяет квалификации этого договора в качестве договора проката и обязательности применения к нему соответствующего предписанного законодателем правового регулирования. Договор ссуды недвижимого имущества должен квалифицироваться, в свою очередь, как договор ссуды⁹⁴.

Согласимся с последней точкой зрения, однако, с иной аргументацией. Как видится, правовая цель (направленность) в указанных договорах всего одна (соответственно передать транспортное средство в возмездное пользование и передать здание в безвозмездное пользование), в то время как в смешанном договоре таких целей должно быть несколько в привязке с конкретными объектами. Даже если речь идет о том, что эти цели идентичны, но они привязаны к разным объектам, имеющим значение для квалификации того или иного договора в качестве самостоятельного типа (вида). Например, если по договору в

⁹³ Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2004. С. 79–80.

⁹⁴ Татарская Е. В. Правовая природа смешанных договоров. С. 23.

пользование передается здание и оборудование, налицо смешение направленностей договоров на передачу в возмездное пользование разных объектов (здание и оборудование). Следовательно, данный договор можно назвать смешанным.

Далее необходимо определиться с тем, стоит ли относить к смешанным договоры, закрепленные в ГК РФ и иных нормативных правовых актах (специальных законах). Если проанализировать существующие публикации, посвященные правовой природе отдельных гражданско-правовых договоров, то можно прийти к выводу, что большая половина из таких договоров являются смешанными. В частности, такие воззрения высказываются относительно договоров: лизинга⁹⁵; агентирования; коммерческой концессии; лицензионных; долевого участия в строительстве⁹⁶; управления многоквартирными домами⁹⁷; транспортной экспедиции; аренды с правом выкупа⁹⁸ и т. д. Как видим, почти все договоры со сложным содержанием прав и обязанностей приравниваются к смешанным.

Как правило, авторы ограничиваются признанием договоров смешанными лишь на основании выделения элементов различных гражданско-правовых договоров, ошибочно отождествляя их с обычными обязанностями по договору. При этом они не задумываются о дальнейшей судьбе такого отнесения. Обычно в подобных публикациях не указывается, каким образом тогда соотносить регулирование специальными нормами (отдельных глав, параграфов или специальных законов) с п. 3 ст. 421 ГК РФ. В чем смысл закрепления в том или ином нормативном акте данного договорного вида (типа)?

На наш взгляд, утверждения авторов в данном контексте в большинстве случаев сомнительны. Напомним, что одной из главных целей закрепления конструкции смешанного договора в ГК РФ является восполнение пробелов в

⁹⁵ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 № 16848/11 по делу № А07-2067/2010 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁹⁶ См., например: Донских Е. Г. Долевое участие в строительстве – аспекты законодательства и реалии жизни // Юрист. 2008. № 1. С. 31.

⁹⁷ См., например: Гордеев Д. П. Договор управления многоквартирным домом : квалификация, понятие и содержание // Законы России : опыт, анализ, практика. 2009. № 2,3. С. 85–95.

⁹⁸ Бычков А. Договор найма-продажи и аренды с правом выкупа // ЭЖ-Юрист. 2011. № 33. С. 7.

регулировании в том случае, когда отсутствуют специальные нормы. Еще советские авторы указывали, что смешанные договоры являются «необходимой промежуточной стадией в процессе возникновения новых договорных видов. Она необходима, пока не сложится самостоятельное законодательное регулирование новых видов обязательственных отношений... Договоры, уже сформировавшиеся, законодательно закрепленные... не могут рассматриваться как смешанные, так как отпадает надобность в применении к ним положений о тех традиционных договорах, элементы которых включены в их содержание»⁹⁹.

Отсюда следует, что договоры, урегулированные в ГК РФ или иных специальных законах, перестают существовать как смешанные договоры и становятся унитарными договорами, наделенными самостоятельным правовым регулированием, исключающим применение ч. 3 ст. 421 ГК РФ. Такой подход, как нам видится, позволит установить определенные пределы разграничения смешанных и несмешанных договоров и предостережет от размывания границ между указанными категориями.

Однако и данный тезис требует уточнений.

В ГК РФ и иных законах встречаются указания на договоры, которые закреплены в них, но не наделены в должной степени самостоятельным правовым регулированием. Подразумеваются договоры, закрепленные в ГК РФ (или иных специальных законах) и отнесенные разными авторами к смешанным. К примеру, В. А. Писчиков относит к смешанным договор найма-продажи¹⁰⁰ (ст. 501 ГК РФ), В. А. Белов – договор фрахтования (чартер)¹⁰¹ (ст. 787 ГК РФ), Ю. В. Романец – договор хранения в банковском сейфе¹⁰² (ст. 922 ГК РФ) и т. д. Несмотря на то что нормы о данных договорах расположены в главах, посвященных соответственно купле-продаже, перевозке и хранению, по мнению большинства авторов, они

⁹⁹ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Сов. государство и право. 1989. № 11. С. 63.

¹⁰⁰ См., например: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 76.

С. Овсейко также провозглашает в своей публикации: «...договор найма-продажи является самым ярким примером смешанного договора» (См.: Овсейко С. Договор найма-продажи // Юрист. 2009. № 6. С. 30.). Схожая позиция встречается и в публикации Н.А. Антоновой и Н.О. Шемшур (См.: Антонова Н.А., Шемшур Н.О. Непоименованные и смешанные договоры в гражданском праве // Инновационная наука. 2017. Т. 2. № 3. С. 97.)

¹⁰¹ Белов В. А. Гражданское право : учебник. М, 2003. С. 228.

¹⁰² См.: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 449.

имеют серьезные видовые отличия, не позволяющие ограничиться применением более общих норм. По сути, регулированию этих договоров посвящено всего по одной статье. Налицо наличие пробелов в правовом регулировании¹⁰³. Думается, одной из целей признания смешанности данных договоров авторами является именно восполнение пробелов в их правовом регулировании¹⁰⁴.

В. А. Писчиков в связи с этим даже предлагает смешанные договоры разделить на поименованные (урегулированные) и непоименованные (неурегулированные), с чем мы не можем согласиться¹⁰⁵, так как ст. 421 ГК РФ определяет разные квалифицирующие признаки непоименованных и смешанных договоров, что делает их предметом различных классификаций.

Очевидно, проблему данных договоров не обязательно решать с помощью признания их смешанными, ибо это означало бы нашу непоследовательность и несогласованность со сделанным выше выводом. Считаем, что не менее эффективным «инструментом» в данном случае было бы использование конструкции «фикция».

В российской юриспруденции фикция впервые стала предметом специального научного исследования в монографии Д. И. Мейера «О юридических вымысле и предположениях, о скрытных и притворных действиях», в которой она называется вымыслом права и определяется как «вымышленное существование факта, о котором известно, что он вовсе не существует или существует в другом виде»¹⁰⁶. Фикция часто используется в различных отраслях права как средство юридической техники, объявляющее истиной на основании вымысла то, чего заведомо не было. Характерная особенность фикции состоит в том, что фикция, имея неизменно одно и то же значение, – это то, чего нет, нечто не существующее на самом деле. Правовая фикция имеет способность преодолевать неопределенность в правовом регулировании, выполняя функции

¹⁰³ В связи с этим во избежание многократного перечисления указанных договоров далее по тексту мы будем называть их малоурегулированными.

¹⁰⁴ Такого же мнения придерживается Е. В. Татарская (См.: Татарская Е. В. Смешанные договоры в гражданском праве РФ: правовая природа и классификация // Право и экономика. 2007. № 7. С. 107–109.)

¹⁰⁵ См.: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 76

¹⁰⁶ Цит. по: Кузнецова О. А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2007. С. 278.

недостающего юридического факта¹⁰⁷, что нам и нужно для разрешения обсуждаемой коллизии.

О. А. Кузнецова, рассматривая особенности норм-фикций, считает, что они образуются тогда, когда законодатель умышленно, осознанно закрепляет в тексте нормативного правового акта положения, противоречащие объективной действительности. Чаще всего он применяет такой прием юридической техники при необходимости распространить правовой режим одного правового явления на другое с целью экономии нормативно-правового материала. В частности, приравнивает в определенных отношениях индивидуальных предпринимателей и коммерческих юридических лиц, договор контрактации к договору поставки, предприятие к недвижимым вещам и в некоторых других случаях¹⁰⁸.

Проанализируем подробнее конкретный пример. Так, п. 4 ст. 1027 ГК РФ гласит: «К договору коммерческой концессии соответственно применяются правила... о лицензионном договоре, если это не противоречит положениям настоящей главы и существу договора коммерческой концессии». Считаем данное положение закона фикцией в силу того, что, невзирая на дискуссионность вопроса о соотношении лицензионных договоров и договора коммерческой концессии, эти договоры, имеющие очевидное сходство, не соотносятся между собой как род и вид. Положения о лицензионных договорах нельзя отнести к более общим, нежели положения о коммерческой концессии.

Думается, что подобные механизмы можно применить и при регулировании упомянутых договоров. В силу факта своей закреплённости в законе эти договоры к смешанным не относятся. Не являясь, по сути, смешанными договорами, указанные договоры могут регулироваться ч. 3 ст. 421 ГК РФ в силу закрепления фикции в соответствующих статьях ГК РФ, посвященных малоурегулированным договорам. Следовательно, нужно дополнить ст. 501, 922, 787 ГК РФ и т. п. следующим предложением: «...К данному договору соответственно применяются

¹⁰⁷ См.: Курсова О. А. Фикции в российском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Н. Новгород, 2001. С. 10,14.

¹⁰⁸ Кузнецова О. А. Специализированные нормы российского ... С. 282.

правила п. 3 ст. 421 ГК РФ, если иное не установлено соглашением сторон и не противоречит существу настоящего договора».

По нашему мнению, подобные нововведения компенсируют дефицит в правовом регулировании договоров найма-продажи, фрахтования, хранения в банковском сейфе. Как указывает О. А. Кузнецова, фикции в целом направлены на упрощение гражданско-правового регулирования, ускоряют механизм реализации гражданско-правовых норм и тем самым быстро и наиболее эффективно разрешают юридическую ситуацию, что является целью действия системы гражданского права¹⁰⁹. В нашем случае введение подобных отсылочных норм повысит уровень урегулированности отношений, возникающих из указанных договоров, и упростит процесс правоприменения.

Если рассматривать существующие классификации норм-фикций, больше всего подходят в данном случае нормы-фикции, приравнивающие обстоятельства, которые в действительности различны¹¹⁰. Эта разновидность норм-фикций наиболее распространена в нормативно-правовом материале. Такие фикции в различных целях приравнивают друг к другу объективно различающиеся явления. Например, приравнивание индивидуальных предпринимателей к коммерческим организациям (п. 3 ст. 23 ГК РФ); договора контрактации к договору поставки (п. 2 ст. 535 ГК РФ); договора дарения, предусматривающего передачу дара после смерти дарителя, к завещанию (п. 3 ст. 572 ГК РФ); передачи консоамента или иного товарораспорядительного документа к передаче вещи (п. 3 ст. 224 ГК РФ) и др.¹¹¹

О. А. Кузнецова выделяет два правила конструирования норм-фикций, приравнивающих одно явление к другому. Во-первых, эти явления должны обладать определенным сходством, иначе приравнивание невозможно. Во-вторых, они должны иметь определенные различия, иначе в приравнивании

¹⁰⁹ Кузнецова О. А. Специализированные нормы российского С. 284.

¹¹⁰ В литературе выделяют и иные виды норм-фикций: 1) нормы-фикции, признающие реально не существующие обстоятельства и отрицающие существующие; 2) нормы-фикции, признающие существующими обстоятельства до того, как они стали существовать или если они возникли позже, чем это было в действительности. (См.: Там же. С. 275–300.)

¹¹¹ Там же. С. 285.

отсутствует необходимость¹¹². С позиций этих требований в качестве примера автор отсылает к норме-фикции, приравнивающей договор мены к договору купли-продажи (п. 2 ст. 567 ГК РФ)¹¹³.

Очевидно, что смешанные договоры и малоурегулированные договоры имеют определенные сходства. В частности, многие авторы выделяют в договоре найма-продажи элементы договоров купли-продажи и аренды; в договорах фрахтования – элементы договоров аренды и перевозки; в договорах хранения в банковском сейфе – элементы договоров аренды и хранения. В то же время отличием данных договоров от смешанных является их закреплённость в законодательстве, о чем говорилось выше. Следовательно, наличие определенных сходств и различий указанных правовых явлений в очередной раз доказывает возможность применения фикций, а именно норм-фикций, приравнивающих одно явление к другому.

Предвидим возможную критику изложенного предположения. Так, согласно позиции Р. К. Лотфуллина, содержанием юридической фикции является заведомо ложное положение. Причем этому ложному положению присуща очевидность (заведомость), т. е. противоречие юридической фикции окружающей действительности настолько очевидно, что это никого не может ввести в заблуждение. А общеобязательность юридической фикции условно ставит это ложное положение в ранг истины. Для юридической фикции характерна юридическая неопровержимость. Она сконструирована таким образом, что возможность доказывания обратного исключена¹¹⁴. Можно заметить, что автор сужает сферу применения фикций, он говорит об их существовании только относительно юридически неопровержимых фактов.

В нашем случае такая неопровержимость, с точки зрения некоторых авторов, находится под вопросом и, соответственно, может ввести в заблуждение кого-либо. Однако, на наш взгляд, несмешанность обсуждаемых договоров

¹¹² Кузнецова О. А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2007. С. 286.

¹¹³ Там же. С. 288.

¹¹⁴ См.: Лотфуллин Р. К. Юридические фикции в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2008. С. 13–14.

неопровержима по указанным выше причинам. Тем более что такое узкое понимание фикций не является общепризнанным. Если обратиться к древнеримским источникам, сфера применения фикций была значительно шире и разнообразнее¹¹⁵. Новейшие же исследования фикций характеризуются выработкой все более новых критериев, ограничивающих, соответственно, сферу их применения. Возможно, это связано с желанием авторов отыскать научную новизну при проведении соответствующих исследований, а возможно, это естественный процесс. В свое время российские дореволюционные ученые рассматривали фикцию как явление временное, используемое исключительно как средство преодоления формализма римской юриспруденции: «Практическая сила вымысла предполагала формализм как условие своей жизни, но юристы рушили его, и он отслужил его службу... и вымысел оказался совершенно лишним приемом в праве»¹¹⁶. Думается, постепенное сужение сферы применения фикций, возможно, когда-либо гипотетически могло бы привести к их полному исчезновению, что на сегодняшний день является сомнительным.

В силу предложенных выше изменений в ГК РФ проведем некоторые отграничения. Нужно отметить, что речь идет не об аналогии закона, а именно о фикциях. В статье 6 ГК РФ закреплено, что в случае, когда предусмотренные п. 1 и 2 ст. 2 ГК РФ отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона). В случае прямого указания правила в законе аналогия уже не применяется.

Аналогия закона представляет собой решение конкретного юридического дела на основе правовой нормы, рассчитанной не на данный, а на сходные по некоторым, но не всем признакам случаи¹¹⁷. Тем более в этой ситуации рассматривается вопрос не о применении норм права к сходным отношениям, а о

¹¹⁵ См. об этом подробнее, например: Исаев И. А. Юридическая фикция как форма заполнения правовых пробелов // История государства и права. 2011. № 22. С. 2–4.

¹¹⁶ См.: Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. Казань, 1854. С. 68.

¹¹⁷ Белов В. А. Гражданское право. М., 2003. С. 38.

восполнении пробела в регулировании путем распространения действия нормы (п. 3 ст. 421 ГК РФ) на отношения, возникающие из договоров, не отвечающих признакам смешанного договора.

Еще одним вопросом, не получившим пока однозначного ответа, является вопрос о необходимости законодательного закрепления элементов смешанного договора. Буквальное толкование легального определения смешанного договора позволяет сделать вывод о том, что договоры, элементы которых входят в состав смешанного, должны быть обязательно поименованы в законодательстве в качестве типа либо вида договора.

В противовес сказанному большинство исследователей правовой природы смешанных договоров приходят к иному выводу – о том, что в законодательстве в качестве типа (вида) договора должен быть поименован хотя бы один из элементов смешанного договора¹¹⁸. Такая позиция, несмотря на иное указание ГК РФ, поддерживается и судебной практикой¹¹⁹.

А как же быть с ситуацией, когда оба элемента не поименованы в ГК РФ?

Есть мнение, что такие договоры можно назвать смешанными¹²⁰. Но, на наш взгляд, правильной является точка зрения Е. В. Татарской, которая считает, что нет оснований для того, чтобы квалифицировать в качестве смешанного договор, состоящий только из непоименованных элементов, искусственно расчлняя его на отдельные непоименованные типы (виды)¹²¹. Даже в том случае, если такой договор можно расчлнить на элементы, имеющие различную направленность и поэтому относимые к различным договорным группам, нет препятствий для выделения такого договора в новый отдельный договорный тип, поскольку перечень договорных типов (видов), выделяемых исключительно по признаку направленности, не является закрытым в силу непрекращающегося развития

¹¹⁸ См., например: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 74–77; Татарская Е. В. Непоименованные и смешанные договоры // Рос. юстиция. 2007. № 4. С. 8–10.

¹¹⁹ Постановление ФАС Уральского округа от 26.04.2010 № Ф09-2729/10-С5 по делу № А60-38281/2009-С3 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

¹²⁰ См.: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры ... С. 76.

¹²¹ Татарская Е. В. Непоименованные и смешанные договоры. С. 9.

гражданского оборота. В таком случае договор не может именоваться смешанным, а является непоименованным.

Такое положение дел не совсем соответствует формулировке п. 3 ст. 421 ГК РФ, согласно которой договоры, входящие в состав смешанного, должны быть обязательно предусмотрены в законе или иных правовых актах. Соответственно, чтобы иначе толковать ч. 3 ст. 421 ГК РФ, необходимо внести в нее соответствующие изменения.

На основании изложенного можно констатировать, что отсутствие правового закрепления полученного в результате смешения договора является одним из квалифицирующих признаков смешанного договора. Этот признак подтверждает нетипичность полученных смешанных договоров. Следовательно, необходимо сузить предложенный М. И. Брагинским признак смешанного договора, согласно которому сам смешанный договор к числу поименованных не относится, за исключениями, установленными законом (является нетипичным для гражданского законодательства)¹²². Таким образом, все без исключения закрепленные в ГК РФ и иных законах договоры относятся к несмешанным.

Обобщая рассмотренное в рамках параграфа, полагаем, что следовало бы пересмотреть редакцию ч. 3 ст. 421 ГК РФ и сформулировать ее следующим образом: «Стороны могут заключить договор, в котором содержится совокупность элементов (предмет, направленность на определенный правовой результат в совокупности с объектом, а также стороны, признак возмездности/безвозмездности) различных договоров, хотя бы один из которых предусмотрен законом или иными правовыми актами. Количественный состав элементов различных договоров зависит от варианта смешения разных договорных видов (типов) в рамках структуры смешанного договора».

Подобное уточнение, по нашему мнению, поспособствовало бы упрощению процедуры квалификации элементов договоров в составе смешанного в правоприменительной практике.

¹²² Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 60.

§ 3. Обязательства, возникающие из смешанных договоров: взаимосвязь элементов системы

Как было отмечено выше, одной из обязательных категорий системного подхода, с помощью которой производится системное описание объекта является структура системы, под которой понимается связь между элементами системы. Смешанный договор как юридический факт порождает обязательства, возникающие из смешанного договора. Как верно заметили Д. В. Огородов и М. Ю. Чельшев, одним из ключевых вопросов в рамках учения о смешанном договоре является его характеристика как дробной либо единой конструкции.

В литературе существует мнение относительно единого обязательства, которое всегда возникает на основании заключения смешанного договора. Например, А. А. Собчак, характеризуя смешанный договор, писал: «... когда по договору купли-продажи покупатель вместо уплаты покупной цены принимает на себя обязанность выполнить определенную работу, возникшее отношение можно расчленить на два самостоятельных обязательства (купли-продажи, подряда) лишь чисто теоретически. В действительности же возникает единое обязательство смешанного характера». Именно такое соединение в рамках единого обязательства и определяет своеобразие смешанных договоров в отличие от комплексных договоров¹²³. При этом автор не приводит каких-либо иных аргументов в обоснование своей точки зрения. Такого же мнения придерживается В. А. Писчиков: «В случае, когда договор купли-продажи модифицирован таким образом, что уплата покупной цены заменена встречным выполнением работы (передача вещи против выполнения работ), возникает некое “единое смешанное обязательство”»¹²⁴.

С практической точки зрения данные умозаключения авторов означают, что, признавая обязательство из смешанного договора единым, в случае его прекращения оно перестанет существовать полностью, а не в части элементов

¹²³ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Сов. государство и право. 1989. № 11. С. 64.

¹²⁴ Цит. по: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 51–52.

договора, в котором были выявлены основания для его прекращения. Подобная ситуация и с изменением обязательства, и с ответственностью за ненадлежащее исполнение (неисполнение) обязательства и т. д. На основании этого признание обязательства из смешанного договора единым приведет к противоречию с п. 3 ст. 421 ГК РФ, где закреплено, по общему правилу, «раздельное» регулирование элементов разных договоров. А это является серьезным основанием для того, чтобы усомниться в логичности и правильности указанной позиции авторов.

По мнению И. Б. Новицкого, смешанным называется договор, который порождает обязательства, входящие в состав двух либо нескольких урегулированных законом типичных договорных отношений. Например, договор, по которому одна сторона обязуется передать вещь в собственность, а другая – произвести за свой риск определенную работу, является смешанным договором: в нем соединены обязательства, урегулированные законом применительно к купле-продаже и к подряду. Равным образом смешанным договором будет такой договор, по которому одна сторона обязуется перед другой предоставить в пользование жилую площадь и, кроме того, оказывать определенные услуги и снабжать пищей (договор с домом отдыха, санаторием и т. п.). В первом примере обязанности, урегулированные законом применительно к разным типичным договорам, установлены смешанным договором отчасти на одной стороне, отчасти – на другой; во втором примере это комбинирование обязательств имеет место на одной стороне¹²⁵. Автор говорил о возникновении вследствие заключения смешанного договора некоей совокупности обязательств, при этом разграничивая понятия обязательства и обязанности.

Д. В. Огородов и М. Ю. Челышев признают обязательства, возникающие из смешанных договоров, еще более дробными. Они пишут, что никакие специфические обязательства в силу заключения смешанного договора не образуются¹²⁶. Денежное или иное обязательство (к примеру, о передаче

¹²⁵ Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 102–103.

¹²⁶ Аргументом авторов в пользу отсутствия специфики обязательств, возникающих из смешанных договоров, выступает то, что относительную автономность частей договора (как отдельных обязательств) подтверждают положения ст. 180 ГК РФ. Получается определенная путаница: говоря об обязательстве (т. е. правоотношении),

имущества и т. п.) из смешанного договора ничем не отличается от обязательств, возникающих из унитарных договоров. Именно этим обусловлена применимость одних и тех же норм и к унитарным, и к смешанным договорам – порождаемые ими обязательства одинаковы. Их объединяет лишь то, что у набора всех этих обязательств имеется общее основание, единый юридический факт (заключение смешанного договора) и единая цель. Один смешанный договор заменяет собой несколько юридических фактов (договоров), выступая единой общей формой для нескольких различных групп договорных условий¹²⁷. С последними доводами стоит согласиться ввиду их очевидности.

Для того чтобы сделать общие выводы по приведенной дискуссии, обратимся к вопросу о понятии обязательства. Несмотря на наличие большого количества исследований, этот вопрос также продолжает оставаться спорным.

В Институциях Юстиниана под обязательством понимались правовые узы, которые связывают необходимостью исполнения в соответствии с правом нашего государства (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius soiuedae rei secundum nostrae ciuitatis iura. 1.3.13*).¹²⁸

Термин «обязательство» имеет многопонятийный характер. Так, выделяют: 1) обязательство как гражданское правоотношение, в силу которого одно лицо обязано совершить в пользу другого лица определенное действие или воздержаться от его совершения; 2) обязательство как юридическая обязанность должника (например, в словосочетании «исполнение обязательства»); 3) обязательство как право требования (например, в выражении «покупка обязательства»); 4) обязательство как документ, оформляющий обязательственное право требования (например, заемная расписка как заемное обязательство); 5) совокупности обязанностей с соответствующими правомочиями, объединенных по тем или иным признакам¹²⁹.

авторы ссылаются на нормы о недействительности части сделок (юридических фактов). Происходит подмена понятий, что недопустимо.

¹²⁷ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве // Сделки: проблемы теории и практики : сб. ст. М., 2008. С. 319.

¹²⁸ Дигесты Юстиниана : пер. с лат. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. Т. 6, полут. 2. С. 530.

¹²⁹ См. подробнее о последнем значении: Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 15–16.

Исходя из неоднозначности термина «обязательство», следует заключить, что и содержание понятия «обязательство» зависит от того значения, в котором используется данный термин в том или ином случае. Как утверждал О. С. Иоффе, обязательство есть закрепленное гражданским законом общественное отношение по перемещению имущества и иных результатов труда, в силу которого одно лицо (кредитор) вправе требовать от другого лица (должника) совершения определенных действий и обусловленного этим воздержания от совершения определенных других действий¹³⁰.

В ГК РФ обязательство определяется подобным образом. В ст. 307 ГК РФ закреплено: в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Как видим, в самом ГК РФ нет указания на термин «правоотношение». Отсюда следует, что обязательство представляет собой сочетание каждой отдельной обязанности с корреспондирующим правомочием. В литературе также неоднократно прямо или косвенно высказывалась подобная точка зрения¹³¹. Но в действительности участники обязательственного правоотношения чаще всего имеют две и более обязанности (с корреспондирующими правомочиями), которые находятся между собой в неразрывном единстве¹³².

Сложный характер обязательственного правоотношения косвенно признает и действующее законодательство. Вслед за общим определением обязательства ГК РФ переходит к регулированию «Отдельных видов обязательств» (разд. 4 ГК РФ). К примеру, в обязательстве по договору купли-продажи предусмотрена совокупность встречных обязанностей сторон. В частности, во исполнение своих обязанностей по договору купли-продажи продавец и покупатель должны

¹³⁰ Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 6.

¹³¹ См., например: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 50, 133–134.

¹³² См. подробнее: Толстой В. С. Исполнение обязательств. М., 1973. С. 6.

совершить целый ряд действий: передать обусловленный товар (ст. 456 ГК РФ), принять его (ст. 484 ГК РФ), оплатить (ст. 486 ГК РФ) и т. д. Значит, по смыслу указанных статей обязательство – это не обязанность с соответствующим ей правомочием (как вытекает из содержания ст. 307 ГК РФ), а весь комплекс перечисленных в них прав и обязанностей.

Если вспомнить элементы структуры обязательства, то к ним традиционно относят связанные между собой: 1) субъекты (кредитор и должник), необходимым свойством (состоянием) которых, позволяющим быть участником обязательств, является правосубъектность; 2) объект¹³³ – действия обязанного лица (передать имущество, оказать услугу и т. д.) и само материальное благо (предмет), на которое направлен интерес кредитора и которое обладает свойством оборотоспособности; 3) содержание, которое представляет собой совокупность субъективного (-ых) права требования и юридической обязанности. Соответственно, нелогично определять содержание обязательства через обязательство (оно же обязанность). С точки зрения законов логики такое явление признается тавтологией и считается недопустимым.

Все изложенное убеждает нас в том, что тенденция рассматривать обязательство как сочетание правомочия с обязанностью несостоятельна. Полагаем, что правы те авторы, по мнению которых обязательство является не чем иным, как правоотношением с определенным количеством прав и обязанностей, а также с соответствующими субъектами и объектом. Более того, приведенное выше определение обязательства ограничивает его содержание, упоминая лишь о праве и обязанности в единственном числе¹³⁴.

Попробуем предположить, что смешанный договор порождает так называемое сложное обязательство. Следует отметить, что ученые, приводя в учебной или научной цивилистической литературе многочисленные классификации обязательств, упоминают и о наличии так называемых сложных

¹³³ Вопрос о понятии объекта обязательства остается одним из самых злободневных. Об иных точках зрения см. подробнее: Гражданское право : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2006. Т. 1. С. 393–396; Гражданское право : учебник : в 3 т. / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2003. Т. 1. С. 254, и т. д.

¹³⁴ См. подробнее: Толстой В. С. Исполнение обязательств. М., 1973. С. 7–8.

обязательств¹³⁵. Однако какого-то четкого критерия выделения таких обязательств обычно не приводится. Как правило, сложное обязательство – это когда каждый из участников обязательства имеет права и несет обязанности. Каждое сложное обязательство в ходе анализа рассматривается как ряд простых. Так, при подряде подрядчик обязан выполнить работу (должник) и вправе требовать уплаты вознаграждения (кредитор). Заказчик вправе требовать передачи результата работ (кредитор) и обязан произвести оплату (должник). Большинство обязательств являются сложными.¹³⁶

В свое время Н. Г. Александров полагал, что правоотношение в элементарном виде (в смысле одного конкретного правомочия лица и соответствующей обязанности другого лица) нельзя разложить на какие-либо элементы; элементами же сложного правоотношения являются отдельные элементарные правоотношения¹³⁷.

Анализируя понятие сложного обязательства, В. В. Кулаков указывает, что данный термин встречается и в судебной практике. Например, в постановлении по одному из дел Федеральный арбитражный суд Уральского округа назвал сложным обязательство, вытекающее из мирового соглашения, согласно которому должник обязался погасить задолженность не только деньгами, но и частично производимой продукцией. В дальнейшем кредитор заключил с третьим лицом договор уступки права требования по указанному обязательству в части поставки готовой продукции. Судом данная уступка была признана незаконной, поскольку не произошло безусловной замены кредитора во всем «сложном» обязательстве¹³⁸. Комментируя данный пример, В. В. Кулаков отмечает, что он критично относится к данному судебному постановлению, поскольку очевидно, что в данном случае из одного соглашения возникло два разных обязательства с

¹³⁵ См., например: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. М., 2003. Ч. 3. С. 74–99; Гражданское право : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 2008. Т. 3. С. 24.

¹³⁶ См., например: Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / под общ. ред. С. А. Степанова. М. ; Екатеринбург, 2010. С. 505.

¹³⁷ Цит. по: Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография. М., 2010. С. 150.

¹³⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 14.10.1999 № Ф09-1339/99-ГК. (Цит. по: Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография. М., 2010. С. 150.)

разной каузой, к тому же арбитражная практика последних лет складывается иначе, допуская частичную уступку¹³⁹.

Согласимся с точкой зрения, что структурно сложное обязательство следует считать единым, а не простой совокупностью обязательств, когда все его элементы со всеми осложнениями связаны общей целью (направленностью). Изучая любое структурно сложное обязательство, всегда следует учитывать наличие общности в цели (направленности). В противном случае имеет место не одно сложное обязательство, а набор простых обязательств, пусть и каким-то образом связанных друг с другом, но не обусловленных общей направленностью. Таким образом, структурно сложным является объединенное общей правовой целью обязательство, в котором либо участвует более двух лиц, либо предусмотрено более чем одно субъективное право и обязанность, либо имеется несколько взаимосвязанных объектов¹⁴⁰.

Соответственно, смешанный договор не порождает сложное обязательство в силу наличия в нем множественности целей-направленностей¹⁴¹. Смешанный договор – это есть совокупность обязательств, имеющих разную направленность (правовую цель). В зависимости от оснований возникновения обязательства его направленность следует искать в каузе договора (сделки).

На значимость цели обязательственного правоотношения обращал внимание еще И. Б. Новицкий, который писал, что «...цель действительно является чрезвычайно существенным моментом для обязательства, определяющим содержание обязательства. Цель обязательства – это удовлетворение известного интереса, которым определяется содержание обязательства»¹⁴². Права и обязанности, возникающие между субъектами обязательства, направлены на достижение определенной цели. Особенно это актуально для договорных обязательств.

¹³⁹ См.: Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: монография. М., 2010. С. 150, 156.

¹⁴⁰ См.: Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры ... С. 158, 163.

¹⁴¹ Подробнее о целях-направленностях договора будет рассмотрено в § 2 второй главы.

¹⁴² Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 73.

Философы также всегда делают акцент на цели, объединяющей элементы системы. В своей монографии, посвященной исследованию правоотношения, на это обращает внимание В. Н. Протасов. Он определяет структуру как отношения между элементами в системе, необходимые и достаточные для того, чтобы система достигла цели. Следует особо обратить внимание на это указание – на цель системы, которое позволит решить некоторые проблемы, связанные с определением обязательства. В цели обязательства выражается его экономическое назначение¹⁴³.

Вопрос о понятии цели договорного обязательства в разное время исследовался разными авторами и остается по-прежнему дискуссионным. А именно М. В. Гордоном, О. А. Красавчиковым, О. С. Иоффе, М. И. Брагинским и В. В. Витрянским, Ю. В. Романцом и т. д.¹⁴⁴

Резюмируя изложенное выше, делаем вывод, что из смешанного договора как одного юридического факта возникает совокупность обязательственных правоотношений между одними и теми же сторонами с разными правовыми целями и, как следствие, разными содержаниями (элементы структуры обязательств соприкасаются между собой). Содержанием обязательств в указанном контексте является совокупность прав и обязанностей, объединенных вокруг одной из правовых целей смешанного договора. В связи с этим заключение смешанного договора порождает возникновение нескольких обязательств не в соответствии с количеством обязанностей по договору, а соразмерно количеству смешавшихся совокупностей элементов разных договоров. Причем некоторые обязанности (и соответствующие им права) в смешанном договоре могут относиться к содержанию обоих (или более) обязательств, возникших из смешанного договора. В частности, если стороны прописали в договоре общую обязанность, распространяющуюся на все обязательства из смешанного договора – к примеру, если стороны прописали

¹⁴³ Цит. по: Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры ... С. 75.

¹⁴⁴ См. подробнее: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 84–85.

обязанность оформлять соответствующие акты¹⁴⁵ при приемке передаваемых по смешанному договору вещей и оказываемых услуг, устанавливая для них одинаковые требования (сроки, порядок и т. п.).

Наш вывод распространяется и на ситуации, когда заключается договор, сочетающий в себе элементы договоров, порождающих обязательства с одинаковыми правовыми целями (направленностями), и имеющих отличающиеся предметы исполнения. К примеру, заключается договор купли-продажи движимой и недвижимой вещи: несмотря на общность целей (направленности на передачу имущества в собственность), такой договор порождает два обязательства с разными предметами исполнения, что объясняет его смешанность. Смешанными такие договоры признаются и в судебной практике¹⁴⁶.

Думается, данный признак должен учитываться при выявлении обязательств, возникающих из смешанного договора. Некоторые авторы не учитывают данный аспект. К примеру, анализируя правовую природу договора переработки нефти из давальческого сырья, О. В. Баданина делает вывод о его квалификации как смешанного с элементами договора подряда, поставки давальческого сырья и оказания разного рода сопутствующих услуг (по хранению сырья и продуктов переработки, по отгрузке и т. п.). При этом по своей природе данный предпринимательский договор, по мнению автора, выступает как договор на выполнение работ, а точнее имеет целью получение определенного материального результата¹⁴⁷. Заметим противоречие между первым и вторым предложением. Если делается акцент на подрядной направленности договорного обязательства, разве можно тогда говорить о смешанности данного договора. Напомним, по нашему мнению, обязательства из смешанного договора имеют разные самостоятельные правовые цели (направленности). Соответственно, сделанные выводы необходимо учитывать при применении к смешанным

¹⁴⁵ Несмотря на то что акты будут оформляться по-разному в силу специфики объектов исполнения. Так как для них существуют разные унифицированные формы отчетности.

¹⁴⁶ Например, в Обзоре законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2003 г. от 07.04.2004 указано, что договор банковского вклада, являющийся в течение определенного срока срочным, а после его истечения – вкладом до востребования, признается смешанным

¹⁴⁷ См.: Баданина О. В. Договор переработки нефти из давальческого сырья как вид предпринимательского договора : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 2012. С. 8.

договорам норм обязательственного права, в частности об ответственности, исполнении, прекращении обязательств и т. д.

Обязательства из смешанных договоров нужно также отличать от иных обязательств с несколькими предметами¹⁴⁸ исполнения, имеющими похожую структуру. К таким, в частности, относятся факультативные и альтернативные обязательства. Причем речь идет не обо всех таких обязательствах, а именно о возникающих из договора (не из закона). К примеру, Л. Г. Ефимова отождествляет данные категории при рассмотрении правовой природы рамочных договоров в совокупности с договорами-приложениями¹⁴⁹.

Факультативные обязательства характеризуются тем, что имеют единственный предмет исполнения, однако должник вправе заменить его другим, заранее оговоренным предметом... Право на замену предмета исполнения в факультативном обязательстве принадлежит всегда и исключительно должнику. Кредитор имеет право требования лишь в отношении основного предмета исполнения¹⁵⁰. При этом замена предмета исполнения допускается лишь при доказанности невозможности исполнения в отношении «первоначального» предмета¹⁵¹. Наличие единственного предмета исполнения, несмотря на возможность его замены, существенно отличает данное обязательство от обязательств из смешанного договора, в которых таких предметов несколько изначально.

Альтернативными (с определенным предметом) являются обязательства, в которых должник обязан совершить одно (любое) из нескольких действий, предусмотренных законом или договором. Отличие факультативного обязательства от альтернативного состоит в том, что должник не имеет права выбора – он вынужден заменить предмет исполнения, хотя и заранее

¹⁴⁸ Существуют различные точки зрения относительно критериев разграничения факультативных и альтернативных обязательств (См. подробнее: Белов В. А. Факультативные обязательства // Вестн. гражд. права. 2011. № 3. С. 4–60.). Наиболее распространенным является деление данных обязательств по предмету исполнения. Мнения авторов расходятся еще и в зависимости от того, как они соотносят между собой категории предмет и объект исполнения обязательства.

¹⁴⁹ Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 44.

¹⁵⁰ Гражданское право. Т. 1 : учебник / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. С. 819.

¹⁵¹ Цит. по: Белов В. А. Факультативные обязательства // Вестн. гражд. права. 2011. № 3. С. 19.

предусмотренный.¹⁵² Если должник, которому принадлежит право выбора предмета исполнения, выбор осуществил (пусть даже на уровне объявления кредитору об этом), кредитор не имеет права требовать иного исполнения, чем то, о котором объявил должник. Этот довод поддерживается судебной практикой¹⁵³, и, как следствие, такое положение содержится в недавно введенной ст. 308¹ ГК РФ¹⁵⁴.

До введения указанной выше статьи в ГК РФ в судебной практике встречалась иная позиция по данному вопросу. ВАС РФ в п. 17 Информационного письма от 24.09.2002 № 69 по договору мены разъяснял, что «включение в договор условия об альтернативном исполнении обязательства (ст. 320 ГК РФ) не противоречит принципу свободы договора, предоставляющему сторонам право заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров. Если договор предусматривает право произвести расчет товаром или деньгами, такой договор является смешанным. К отношениям по этому договору применяются в соответствующих частях правила о тех договорах, элементы которых в нем содержатся»¹⁵⁵.

Наиболее характерный пример альтернативного обязательства представляет собой обязательство должника оплатить поставленный ему товар деньгами или передачей иного, заранее определенного сторонами имущества. Например, в одном из дел суд установил, что условия договора и фактические действия сторон свидетельствуют о том, что ответчик взял на себя обязательство принять поставленную сахарную свеклу и оплатить ее денежными средствами либо путем передачи сахара-песка. Как быть в том случае, если должник не произвел выбор предмета исполнения (в этом случае деньги или сахар-песок)? Суд пришел к выводу, что с ответчика следует взыскать деньги (а не сахар-песок), так как, по

¹⁵² Цит. по: Белов В. А. Факультативные обязательства. С. 19.

¹⁵³ См., например: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 02.05.2006 № Ф04-1658/2006; от 31.10.2006 № Ф04-6357/2006 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

¹⁵⁴ Введена Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собр. законодательства РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

¹⁵⁵ Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены : информ. письмо Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 № 69 // Вестн. ВАС РФ. 2003. № 1.

всей видимости, именно платеж является универсальным средством прекращения обязательств по оплате поставленного товара¹⁵⁶.

Несколько иная мотивировка решения схожего казуса содержится в Постановлении ФАС Центрального округа. Окружной суд рассматривал дело по иску о взыскании с должника стоимости выполненных работ. Суд установил, что обязательство должника является альтернативным – он обязался произвести расчет с истцом денежными средствами или сельскохозяйственной продукцией. В соответствии с договором расчет должен быть произведен в течение 30 календарных дней после подписания акта о выполненных работах. Однако в течение этого срока должник так и не выбрал предмет исполнения. Суд счел, что кредитор в такой ситуации вправе требовать оплату стоимости услуг на основании положений ГК РФ об уплате оказанных исполнителем услуг¹⁵⁷.

Как видим, существует коллизия при определении предмета исполнения в силу возможности выбора, а соответственно, и споры о применимых нормах, что также присуще обязательствам из смешанных договоров. Однако, как мы указывали выше, смешанные договоры к тому же порождают совокупность обязательств, имеющих разную направленность (цель). А в альтернативном обязательстве отсутствует множественность целей, существует лишь право выбора такой цели в процессе исполнения обязательства. Таким образом, альтернативные обязательства и обязательства из смешанных договоров, несмотря на сходство структур и судебные прецеденты, имеют существенные отличия. Скорее альтернативные обязательства нужно признать обязательствами с усложнением в объектах: их несколько, причем утрата (отпадение) одного из этих объектов не прекращает обязательства, должник имеет возможность выбирать исполнение по оставшемуся объекту.

Так как большинство договоров являются двусторонними и возмездными, то в рамках договора возникают, по общему правилу, два разных встречно-направленных обязательства: 1) имущественное неденежное обязательство (по

¹⁵⁶ См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.12.2005 № А43-6490/2005-4-144, а также Постановление ФАС Уральского округа от 17.10.2005 № Ф09-3435/05-С6 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система

¹⁵⁷ Постановление ФАС Центрального округа от 02.04.2004 № А14-4676-03/141/4 // Там же.

передаче в собственность вещи, оказанию услуги, выполнению работ, перевозке, предоставлению иного имущества не в виде денег); 2) денежное обязательство, исполнением которого (уплатой денег) экономически компенсируется исполнением неденежного («товарного») обязательства¹⁵⁸. В силу занимаемой нами позиции отнесем их не к обязательствам, а к обязанностям, составляющим содержание обязательств в смешанном договоре.

Договоры разных типов различаются, прежде всего неденежными имущественными обязанностями, поскольку денежная обязанность (уплата денег) одинакова для любых возмездных договоров, будь то оплата купленного товара, или уплата арендных платежей, или оплата оказанных услуг, тогда как именно содержание товарной обязанности специфично для каждого из типов договоров: передача в собственность вещи либо передача вещи во временное владение и пользование и т. д. Сказанное подтверждает и то, что цена, как правило, не является существенным условием договоров и может определяться на основании п. 3 ст. 424 ГК РФ.

Важно подчеркнуть, что ни в унитарном, ни в смешанном договоре не происходит и не может происходить слияния в одно целое этих двух (или более) совершенно различных обязательств с разным содержанием, объектом и должниками. Это важно как для классификации смешанных договоров, так и для решения практического вопроса об ограничениях на заключение смешанных договоров.

Сами по себе обязанности по передаче вещи в собственность из смешанного договора точно такие, как если бы они возникли из унитарного договора купли-продажи. Денежная обязанность из смешанного договора ничем не отличается от такой же обязанности, возникшей из унитарного договора. Собственно, именно этим обусловлена применимость тех же норм и к унитарным, и к смешанным договорам – порождаемые обязанности одинаковы. Обязанности из смешанного договора, рассматриваемые по отдельности, не специфичны. Однако в группе

¹⁵⁸ Огородов Д., Чельшев М. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 52.

обязанностей из смешанного договора существует не просто взаимная обусловленность, но и связь между ними, характерными одновременно для разных договорных типов (видов), и эта взаимосвязь может иметь юридическое значение¹⁵⁹.

Ни в унитарном, ни в смешанном договоре не происходит и не может происходить слияние двух (или более) взаимоисключающих обязанностей. Практическое значение данного тезиса заключается в том, что каждая из названных обязанностей может быть исполнена либо не исполнена (исполнена ненадлежащим образом). Это по-разному влияет на судьбу смешанного договора в зависимости от конструкции конкретного договора и, соответственно, значения этого обязательства в системе прочих обязательств, порожденных этим смешанным договором.

В литературе встречалось и встречается мнение, что в любом смешанном договоре обязательно наличие одного вида взаимозависимости элементов. Так, С. К. Соломин настаивает, что как бы ни старались участники гражданского оборота объединить элементы поименованных гражданско-правовых договоров в структуре «нового» смешанного договора, перед нами всегда окажется не новый, а один из поименованных договоров, элемент которого окажется доминирующим. При этом, по мнению автора, при постановке вопроса о квалификации смешанного договора исключена ситуация, в которой каждый из элементов смешанного договора был бы равнозначным по отношению к другому¹⁶⁰.

На наш взгляд, справедливая позиция авторов, согласно которой смешанный договор, будучи гибкой договорной конструкцией, с равным успехом может предполагать два типа взаимосвязи обязательств, относящихся к договорам-компонентам: 1) взаимозависимость (например, продавец предполагает оказывать услуги по охране здания после того, как передаст это здание в собственность покупателя); 2) равнозначность (например, смешанный договор об аренде одного здания против подрядных работ («в обмен» на эти

¹⁵⁹ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 51–54.

¹⁶⁰ См.: Соломин С. К. Реализация принципа свободы договора в контексте заключения смешанного договора // Право и экономика. 2011. № 10. С. 44.

работы) по ремонту другого здания, которые должна осуществить вторая сторона договора). Более наглядно данные виды взаимосвязи обязательств в смешанном договоре проявляются в динамике обязательственного правоотношения из смешанного договора, а именно при его исполнении, расторжении или изменении. В первом случае неисполнение основного обязательства (о передаче вещи в собственность и владение) по вине должника или вследствие иных причин сделает физически невозможным исполнение зависимого обязательства (по охране здания). В результате зависимое обязательство должно быть прекращено на основании ст. 416 ГК РФ в силу невозможности исполнения (в указанном примере – это отсутствие у кредитора здания, которое мог бы охранять должник). Таким образом, нарушение одного из обязательств влечет прекращение всего смешанного договора в целом (всех его договорных обязательств). Во втором случае нарушение одного из обязательств не делает невозможным исполнение второго обязательства и не подразумевает его нарушение. Судьба смешанного договора такого типа в меньшей степени зависит от надлежащего исполнения одного из обязательств¹⁶¹.

Логичность данного подхода подтверждается и судебной практикой¹⁶² о разрешении споров, возникающих из смешанных договоров.

¹⁶¹ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 51–54.

¹⁶² См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 28.05.2013 № 17481/12 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

ГЛАВА 2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ СМЕШАННЫХ ДОГОВОРОВ: ОСОБЕННОСТИ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ СИСТЕМЫ

§ 1. Отдельные стадии механизма правового регулирования общественных отношений, возникающих из смешанных договоров

Вопрос о правовом регулировании имеет большое значение при рассмотрении любого правового явления. Очевидно, что в учении о смешанных договорах данный аспект имеет не просто важное, а ключевое значение. От правильности выбранной нормы и способа правового регулирования зависит исход любого спора, возникающего из смешанного договора. Отметим, что регулирование отношений, возникающих из смешанных договоров, осуществляется не только гражданско-правовыми нормами, но и, в частности, нормами налогового и административного законодательства. От правильности квалификации договоров, элементы которых содержатся в смешанном договоре, зависит правильность осуществления налогообложения¹⁶³, привлечения к административной ответственности¹⁶⁴ и корректность способа отражения операций по смешанному договору в бухгалтерской отчетности¹⁶⁵.

Вопрос о правовом регулировании отношений, возникающих из смешанных договоров, так или иначе затрагивается нами почти во всех параграфах настоящей работы.

Чтобы проанализировать особенности правового регулирования смешанных договоров, необходимо начать с понятия правового регулирования. В юридической литературе нет единства мнений по данному поводу.

¹⁶³ См., например: Письмо УФНС РФ по г. Москве от 01.08.2007 № 20–12/073169 // Моск. налог. курьер. 2007. № 23. (утратило силу). Вставал вопрос: вправе ли организация учитывать для целей исчисления налога на прибыль затраты на уплату страхового взноса по смешанному договору добровольного страхования автомобиля и гражданской ответственности автовладельца, если сумма расходов на страхование автотранспорта организации по рискам «Автокаско» (угон + ущерб) выделена отдельно?

¹⁶⁴ См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 03.06.2008 по делу № А55-888/08 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система. Рассматривался вопрос о признании незаконным постановления о привлечении к административной ответственности по смешанному договору, включающего в себя элементы кредитного договора и договора банковского счета.

¹⁶⁵ См., к примеру: Пархачева М. А. Расходы комитента и комиссионера по договору комиссии и смешанному договору // Рос. налог. курьер. 2000. № 5. С. 29–32.

В широком смысле термин «регулировать» означает определять поведение людей и их объединений, придавать ему конкретное направление, вводить в конкретные рамки, упорядочивать¹⁶⁶.

Что касается непосредственно правового регулирования, то, по мнению большинства советских авторов, им охватываются все способы воздействия права на поведение людей. Именно так рассматривали правовое регулирование Н. Г. Александров, Б. С. Никифоров, С. Ф. Кечекьян, Л. С. Явич и др. К примеру, Н. Г. Александров указывал: «Воздействие правовых норм на общественные отношения, прежде всего, характеризуется именно термином «регулирование»¹⁶⁷. Ту же мысль поддерживал и С. Ф. Кечекьян¹⁶⁸. Л. С. Явич понимал под правовым регулированием «все формы юридического воздействия государства на сознательную деятельность людей»¹⁶⁹.

По мнению Ю. К. Толстого, со столь широким пониманием правового регулирования нельзя согласиться. Автор указывает, что воздействие нормы права на поведение людей проходит три стадии: правоспособности, юридического факта и правоотношения. На первой стадии, а именно при определении правоспособности граждан и организаций, нормы права еще не регулируют поведение людей; они воздействуют на волю и сознание людей лишь самым общим образом. Между тем для правового регулирования, по сравнению с воздействием норм права на поведение людей в стадии правоспособности, характерна большая конкретность в определении юридически возможного и должного поведения участников общественных отношений. Норма права начинает регулировать поведение людей лишь на стадии юридического факта – при совершении ими правомерных действий, направленных на достижение правового эффекта, и заканчивает его в тот момент, когда в результате осуществления субъективных прав и обязанностей правоотношение прекратит свое действие¹⁷⁰.

¹⁶⁶ См.: Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник. М., 2007. С. 197.

¹⁶⁷ Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 83.

¹⁶⁸ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 15–16, 31.

¹⁶⁹ Явич Л. С. Советское право – регулятор общественных отношений в СССР. Сталинабад, 1957. С. 35

¹⁷⁰ Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 5–7.

При раскрытии содержания правового регулирования возникает также следующий вопрос: регулирует ли норма права общественные отношения между людьми? Необходимость рассмотрения этого вопроса вызвана тем, что, по мнению некоторых исследователей, норма права регулирует лишь поведение людей, но не общественные отношения между ними. В частности, М. С. Строгович утверждал, что «нормы права не регулируют производственных отношений... Нормы права охраняют производственные отношения, воздействуют на них, содействуют их развитию, но они не регулируют их в том смысле, в каком нормы права регулируют какие-либо конкретные общественные отношения»¹⁷¹. В то же время С. Ф. Кечекьян не занимал в этом вопросе определенной позиции. В своих работах разных периодов он то указывал на регулирование нормами права непосредственно общественных отношений, то говорил, что нормы права регулируют поведение людей, но не общественные отношения¹⁷². С. Н. Братусь считал, что «нормы права регулируют производственные отношения, но не непосредственно, а путем воздействия на поведение людей, которые действуют, будучи одаренными сознанием и волей»¹⁷³. Наконец, ряд авторов справедливо признавал, что, регулируя поведение людей как участников общественных отношений, право регулирует и сами эти отношения.¹⁷⁴

Обобщив существующие подходы, полагаем, что правовое регулирование – это процесс воздействия государства на общественные отношения с помощью юридических норм (норм права)¹⁷⁵. Соответственно, рассмотрим, каким образом государство воздействует на общественные отношения, возникающие из смешанных договоров.

По мнению Д. В. Огородова, М. Ю. Чельшева, в силу известной универсальности механизма правового регулирования смешанный договор, как практически любая юридическая конструкция, так или иначе находит свое

¹⁷¹ Выступление М. С. Строговича // Сов. государство и право. 1956. № 3. С. 131.

¹⁷² На это указывает Ю. К. Толстой. (См.: Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 5–7.)

¹⁷³ Выступление С. Н. Братуся // Сов. государство и право. 1956. № 3. С. 133.

¹⁷⁴ См., например: Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении. Очерки по гражданскому праву. Л., 1957. С. 24; Явич Л. С. Советское право – регулятор общественных отношений в СССР. Сталинабад, 1957. С. 37.

¹⁷⁵ См.: Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник. М., 2007. С. 350–355.

отражение в механизме правового регулирования. Авторы анализируют конструкцию смешанного договора на всех стадиях правового регулирования¹⁷⁶.

Вопросы определения понятия и содержания механизма правового регулирования занимают одно из центральных мест в науке общей теории права. По выражению С. С. Алексеева, «понятие механизма правового регулирования наряду с понятием права представляет собой своего рода активный центр единого, целостного содержания общей теории права»¹⁷⁷.

С. С. Алексеев к элементам механизма правового регулирования относит: юридические нормы; правоотношения; акты реализации субъективных прав и юридических обязанностей; индивидуальные предписания, акты применения права как факультативный элемент. В юридической литературе чаще всего называют именно эти четыре элемента механизма правового регулирования. Они же одновременно являются стадиями механизма правового регулирования.

Различия в позициях отдельных ученых состоят главным образом в том, что в качестве факультативной называют не стадию правоприменения, а правоприменение именно охранительного характера. Не всегда в качестве самостоятельной стадии указывают на юридические факты, так как они неотделимы от правоотношений, которые не могут возникнуть без юридических фактов¹⁷⁸.

Остановимся подробнее на стадии судебного правоприменения (завершающая стадия правового регулирования). Очевидно, что именно на стадии правоприменения (факультативной стадии) наиболее ярко проявляется сущность смешанных договоров. На данной стадии правового регулирования прослеживается связь с первой стадией правового регулирования (нормотворчеством), поскольку суд, квалифицируя конкретный договор в качестве смешанного, увязывает его условия с системой договорных типов и видов, установленных законодателем.

¹⁷⁶ См., подробнее: Огородов Д. В., Челышев М. Ю. Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика. 2007. № 3. С. 49-55..

¹⁷⁷ Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1982.

¹⁷⁸ Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник. М., 2007. С. 350–351.

Особой проблемой на анализируемой стадии правового регулирования является судебное толкование элементов смешанного договора, так как именно на суде лежит обязанность обеспечить правильное применение права вне зависимости от заблуждения сторон по поводу содержания заключенного ими договора (ст. 431 ГК РФ). Эффективность применения положений о смешанных договорах во многом зависит от тщательности рассмотрения материалов соответствующего дела, прежде всего от глубины анализа условий договора судом. Вне этих предпосылок правила о смешанном договоре окажутся неэффективными¹⁷⁹.

Сложности у суда могут возникнуть, к примеру, когда в рамках рассмотрения спора появляется необходимость одновременного применения норм договоров, элементы которых входят в содержание смешанного договора, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Особенно речь идет о случаях, когда данные нормы противоречат друг другу. В данной ситуации будет необходимо решать вопрос об определении приоритета соответствующих норм, подлежащих применению к смешанному договору в целом.

В дореволюционной литературе в отношении определения приоритетов в смешанном договоре существовали различные точки зрения. Имелись в виду, в частности, теория преобладающего типа или поглощения одних элементов (побочных) другими (главными); теория комбинирования с подчинением относящихся к различным договорным типам положений закона единому принципу и др.¹⁸⁰ Применительно к комбинируемым законодательным нормам, касающимся разнотипных элементов договора, выдвигалась теория соизмерения законодателем норм с тем значением, какое в составе договора имеет предусмотренный ими элемент¹⁸¹.

¹⁷⁹ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Смешанный договор и вопросы теории ... С. 51.

¹⁸⁰ См.: Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 68.

¹⁸¹ См.: Синайский В. И. Русское гражданское право. (Пособие к изучению т. X ч. 1 и сенатской практики). Киев, 1912. С. 358.

Для сравнения М. И. Брагинский приводит мнение Ю. В. Романца, обратившего внимание на то, что «соединение различных нормообразующих факторов в одном правоотношении порождает немало вопросов, связанных с его регулированием. Далеко не всегда такое сочетание ограничивается беспроблемным совокупным применением к сложному договору правил о соединенных в нем обязательствах». Соответственно, автор обращает внимание и на то, что во многих случаях нормы одного договорного института противоречат нормам другого. В связи с этим, естественно, возникает вопрос о том, какие положения приоритетны. Полагаем, что являются обоснованными соображения самого Ю. В. Романца по поводу путей решения подобных коллизий. Автор говорит, что «нередко соединение элементов различных договоров исключает применение «родных» норм об этих договорах, требует их изменения»¹⁸².

По обсуждаемому вопросу представляется интересным упомянуть о проведенном А. И. Савельевым обобщении сложившихся в зарубежной правоприменительной практике способов определения приоритета соответствующих норм применительно к смешанным договорам. Суммировав существующие в развитых правовых системах подходы, автор подразделяет страны в зависимости от выбранного принципа определения приоритета¹⁸³.

Во-первых, принцип поглощения, в соответствии с которым суды определяют в смешанном договоре преобладающий элемент и подчиняют весь договор его правовому режиму¹⁸⁴. Такой подход, очевидно, был реципирован из римского права. Л. С. Таль отмечал, что в случае сомнения в том, под какую исковую защиту подпадает то или иное разнотипное действие, включенное в безымянный договор, оставался только один выход: придавать одному из них решающее значение и им руководствоваться. К примеру, отчуждение вещи, изготовленной из собственного материала продавца, квалифицировали скорее как куплю-продажу, чем подряд, и наоборот – подряд в случае обещания изготовить вещь из материалов заказчика. Таким образом, римские юристы полагали, что

¹⁸² См.: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 75.

¹⁸³ См. подробнее: Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы : в 2 т. М., 2012. Т. 2 : Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. С. 167-177.

¹⁸⁴ Савельев А. И. Отдельные вопросы правового ... С. 13.

смешанный договор представляет собой единое целое, а все вытекающие из него притязания (типичные или нетипичные) могли осуществляться иском, соответствовавшим преобладающему элементу в составе договора¹⁸⁵.

Также данный принцип имел место в советский период, когда на практике к смешанному договору обычно применялись нормы, регулирующие преобладающие в нем условия¹⁸⁶.

В настоящее время принцип поглощения получил наибольшее распространение в США и Англии. Его проявление встречается также в странах континентального права (Латвия, Франция, Германия, Австрия) и в некоторых международных актах¹⁸⁷. Такой договор подчиняется одному правовому режиму, в связи с чем риск возникновения коллизий между правилами об отдельных видах договоров почти отсутствует. Вместе с тем в условиях отсутствия четких критериев, которыми должны руководствоваться судьи при определении преобладающего элемента, этот подход может приносить значительную неопределенность в договорные отношения сторон и зачастую не позволяет определить, какие нормы будут применяться к смешанному договору. К тому же поглощение побочных элементов не всегда решает все проблемы: такие элементы также могут нуждаться в правовом регулировании, которое может отсутствовать при применении норм о доминирующем элементе.

Второй принцип – принцип комбинирования, в соответствии с которым суды разбирают смешанный договор на составные элементы и применяют в соответствующей части правила, установленные законом в отношении таких элементов. Этот подход законодательно закреплен в Нидерландах, Словакии, Чехии, Японии¹⁸⁸, а также почти во всех странах бывшего Советского Союза. Встречается принцип комбинирования в судебной практике Франции и Германии. Он характеризуется достаточной степенью определенности. Правда, он также не

¹⁸⁵ Таль Л. С. Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лица. Ярославль, 1912. Вып. 3 (12). С. 415–416.

¹⁸⁶ Витрянский В. В. Гражданский кодекс о договоре // Вестн. ВАС РФ. 1995. № 10. С. 101.

¹⁸⁷ См., например: ст. 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в Вене 11.04.1980) // Вестн. ВАС РФ. 1994. № 1.

¹⁸⁸ См.: Вагацума С. (Сакаэ), Ариидзуми Т. (Тору). Гражданское право Японии. В 2 кн. Кн. 2 / пер. с яп. В. В. Батуренко ; под ред. и со вступ. ст. Р. О. Халфиной. М., 1983. С. 25.

лишен недостатков: в некоторых случаях правила о различных элементах договора могут противоречить друг другу. Иногда нельзя игнорировать тот факт, что определенный элемент является преобладающим в договоре, и применять вопреки этому правила о второстепенном элементе договора. Наконец, не исключены ситуации, когда механическое применение таких норм к договору с иной структурой прав и обязанностей, значительно отличающейся от той, которая изначально предполагалась при их формулировании в квалифицируемом договоре, может приводить к неприемлемым с политико-правовой точки зрения результатам¹⁸⁹

В российской правоприменительной практике можно наблюдать подобные сложности, так как в п. 3 ст. 421 ГК РФ закреплена именно вторая из вышеуказанных принципов, т. е. принцип комбинирования.

И, несмотря на то что в свое время в Концепции совершенствования общих положений обязательственного права¹⁹⁰ (далее – Концепция) было указано, что «для смешанных договоров ГК РФ предусматривает своеобразный тест, позволяющий на практике без особого труда отыскивать нормы права, подлежащие применению к договору в той или иной его части...» (п. 2.1 разд. VII Концепции), в правоприменительной практике все-таки существует множество споров о применении норм на основании принципа комбинирования к отношениям, возникающим из смешанных договоров. Если анализировать судебную практику, то споры в основном возникают по поводу: признания смешанных договоров недействительными/незаключенными; расторжения, изменения¹⁹¹ и применения мер гражданско-правовой ответственности в смешанных договорах¹⁹² и т. д.

¹⁸⁹ См. подробнее об указанных принципах: Савельев А. И. Отдельные вопросы правового ... С. 6–39.

¹⁹⁰ Проект рекомендован Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 26.01.2009) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

¹⁹¹ См., например: Постановление ФАС Уральского округа от 23.10.2013 № Ф09-10845/13 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система, а также: Бычков А. И. Изменение и расторжение смешанного договора // Юрист. 2011. № 12. С. 24–28.

¹⁹² См., например: Бычков А. И. Ответственность за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение смешанного договора // Юрист. 2011. № 14. С. 3–8.

Остановимся подробнее на применении принципа комбинирования к спорам о незаключенности смешанных договоров. На основе Рекомендаций «О вопросах заключенности и действительности гражданско-правовых договоров» научно-консультативных советов при ФАС Западно-Сибирского и Уральского округов смешанный договор может быть признан заключенным в части, если воля сторон направлена на сохранение и исполнение согласованной части предусмотренных им обязательств как предмета самостоятельного интереса его участников. При этом для оценки заключенности смешанного договора положения ст. 180 ГК РФ («Недействительность части сделки») не применяются. В этих случаях следует руководствоваться нормами, регулирующими вопросы заключенности договоров (п. 1 ст. 432 с учетом п. 3 ст. 421 ГК РФ)¹⁹³.

Думается, что при решении вопроса о незаключенности применительно к смешанным договорам нужно учитывать специфику последнего. В связи с этим является справедливым мнение С. В. Левичева. Он в своем исследовании, посвященном незаключенным договорам, проанализировал два наиболее распространенных на практике случая незаключенности части договора: незаключенность части смешанного договора и заключенность договора лишь в части условия (соглашения) сторон о подсудности спора. В работе справедливо обосновывается вывод о том, что незаключенность части смешанного договора допустима при условии сохранения у сторон такого договора интереса в исполнении оставшейся его части. При отсутствии такого интереса весь смешанный договор должен считаться незаключенным¹⁹⁴.

Например: Определение ВС РФ от 03.03.2016 № 309-эс15-13936 по делу № А71-10520/2014; Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа от 03.10.2016 № Ф758143/2016 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

¹⁹³ Рекомендации о вопросах заключенности и действительности гражданско-правовых договоров : утв. Протоколом от 16.12.2008 научно-консультативных советов при ФАС Западно-Сибирского округа и ФАС Уральского округа в целях обеспечения единообразия в толковании и применении арбитражными судами Западно-Сибирского и Уральского округов норм права. URL: <http://www.faszo.ru/attachments/article/62/9.pdf>.

См. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 01.03.2005 № 12102/04 по делу № А56-36561/03 // Вестн. ВАС РФ. 2005. № 6.

¹⁹⁴ См.: Левичев С. В. Незаключенные договоры : вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 12–13.

Полагаем, что данный подход нужно распространить и на споры о недействительности смешанных договоров полностью или в части¹⁹⁵, а также об их расторжении. Таким образом, при разрешении судебных споров о незаключенности, недействительности и расторжении смешанного договора необходимо учитывать, применяя принцип комбинирования, что незаключенность, недействительность и расторжение части смешанного договора допустима при условии сохранения у сторон такого договора интереса в исполнении оставшейся его части. При отсутствии такого интереса весь смешанный договор согласно принципу поглощения должен считаться незаключенным (недействительным/ расторгнутым).

Вопросы, связанные с применением мер ответственности при неисполнении или ненадлежащем исполнении какого-либо из элементов смешанного договора, можно констатировать, практически не рассмотрены в юридической литературе¹⁹⁶, но соответствующие прецеденты встречаются в правоприменительной практике. Как правило, споры возникают о том, нормами какого из договоров, элементы которого входят в смешанный договор, необходимо руководствоваться при применении мер ответственности¹⁹⁷. Однако встречаются и иные коллизии.

Рассмотрим пример. ЗАО обратилось в Арбитражный суд к ОАО с иском об обязанности ответчика исполнить взятые на себя обязательства по поставке продукции, а также взыскании процентов, начисленных за пользование чужими денежными средствами, и суммы предоплаты за продукцию.

Как установлено судом, между сторонами заключен договор на поставку продукции, по которому ответчик обязался изготовить индивидуальную, отвечающую определенным, установленным в техническом задании, требованиям истца установку для электронно-лучевой сварки и поставить, а истец – принять ее и оплатить. Исследовав в порядке, установленном ст. 431 ГК РФ, условия

¹⁹⁵ См., например: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.06.2009 № Ф04-3400/2009(8403-А70-44 по делу № А70-6516/5-2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

¹⁹⁶ В основном авторы затрагивают эту проблему, но не уделяют ей должного внимания. Например, см.: Батлер Е. А. Непоименованные договоры : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2006. С. 150–154.

¹⁹⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 26.01.1999 № 6150/98 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система; Постановление Президиума ВАС РФ и от 29.10.2002 № 5001/02 // Там же.

договора суд пришел к выводу о том, что данный договор является смешанным, содержит элементы договора подряда и договора поставки изготовленной продукции, в связи с чем в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ порядок исполнения договора регулируется нормами гл. 30, 37 ГК РФ о купле-продаже и подряде.

Пункт 1 ст. 711 ГК РФ предусматривает предварительную оплату выполненной (выполняемой) работы. Согласно п. 4 ст. 487 ГК РФ в случае, когда продавец не исполняет обязанность по передаче предварительно оплаченного товара, на сумму предварительной оплаты подлежат уплате проценты в соответствии со ст. 395 ГК РФ со дня, когда по договору передача товара должна была быть произведена, до дня передачи товара покупателю или возврата ему предварительно уплаченной им суммы. Судом установлено и материалами дела подтверждается, что продукция в срок, установленный договором и дополнительными соглашениями к нему, ответчиком изготовлена не была и в адрес истца не поставлена. С учетом изложенного суд первой инстанции на основании ст. 307, 309, 310, 395, 487, 506, 703, 711 ГК РФ удовлетворил иски требования¹⁹⁸.

Следует заметить, что в данном случае судами различных инстанций поддерживалась позиция о применении к смешанному договору как единому конгломерату сразу всех правовых норм, направленных на регулирование только отдельных его элементов. Думается, такая позиция необоснованна по нескольким причинам.

Во-первых, как правило, нормы, регулирующие отдельные составные элементы в смешанном договоре, зачастую имеют разную диспозицию, что исключает возможность их одновременного применения. А также это противоречит принципу комбинирования, закрепленному в п. 3 ст. 421 ГК РФ, где сказано, что правила о договорах применяются в соответствующих частях смешанного договора, а не ко всему договору в целом.

¹⁹⁸ Постановление Президиума ФАС Уральского округа от 11.11.2008 № Ф09-8242/08-С5 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

Во-вторых, в последнем примере суд ошибочно квалифицировал договор как смешанный, так как правовой целью (направленностью на достижение определенного правового результата) соглашения было создание и передача вещи в собственность. Это является квалифицирующим признаком обычного подрядного правоотношения, где по окончании работ результат всегда должен быть передан заказчику в собственность.

Полагаем, что при применении мер ответственности не стоит забывать об общих условиях возникновения гражданско-правовой ответственности. При рассмотрении споров об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение смешанных договоров необходимо устанавливать, в рамках какого из компонентов смешанного договора было совершено противоправное действие, повлекшее за собой неблагоприятные последствия, составляющие предмет иска. В качестве рекомендации, по нашему мнению, стоит указать, что во избежание возникновения подобных спорных ситуаций, дающих «лазейки» для недобросовестной стороны договора в целях уклонения от ответственности, сторонам необходимо при составлении подобного рода договоров более тщательно согласовывать все существенные условия¹⁹⁹ и основания ответственности по смешанному договору.

Продолжая рассматривать специфику правового регулирования общественных отношений, возникающих из смешанных договоров, необходимо рассмотреть вопрос о коллизии элементов смешанного договора, когда его элементы регулируются различными нормативными правовыми актами²⁰⁰. Например, если заключается договор о долевом участии в строительстве, где оплата предусмотрена не в виде предоставления денежных средств, а в виде оказания услуг застройщику. Как видим, одна часть договора регулируется нормами Федерального закона «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (далее – ФЗ «Об

¹⁹⁹ Это поможет оградить себя от ситуаций, когда недобросовестная сторона договора, желающая избежать ответственности, попытается признать такой договор незаключенным.

²⁰⁰ На эту коллизию, в частности, обращает внимание Л. А. Руднева. (См.: Руднева Л. А. Вопросы совершенствования договорного регулирования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 162.)

участии в долевом строительстве...»)²⁰¹, другая часть нормами ГК РФ о возмездном оказании услуг. Можно предположить, что некоторые моменты урегулированы по-разному в указанных нормативных актах. Следует ли в данном случае использовать известный гражданскому праву принцип: ГК РФ – первый среди равных? Думается, что нет. Так как если бы это было так, тогда такой договор можно было бы и не регистрировать, так как гл. 39 ГК РФ, имеющая приоритет согласно указанному принципу, не содержит требований о государственной регистрации. В то время как в ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» такое требование закреплено.

Соответственно, данный вопрос должен быть решен таким же образом, что и при коллизии норм, регулирующих разные договорные правоотношения, регламентированные разными нормативными актами. Следует исходить из правил соподчиненности правовых актов, не входя в противоречие с общими принципами «вертикальной иерархии договорных норм»²⁰². Таким образом, в приведенном выше примере стоит учитывать приоритет специальной нормы над общей, т. е. требования о государственной регистрации распространяются на договор, даже несмотря на наличие в нем элементов возмездного оказания услуг.

Стоит обратить внимание и на проблематику формулировки второго предложения п. 3 ст. 421 ГК РФ. Это предложение, как мы уже упоминали ранее, гласит, что к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Из буквального толкования данных положений следует, что стороны могут своим соглашением исключить применение к их отношениям любых норм гражданского законодательства. Например, соответствующих императивных норм, содержащихся в законодательстве о защите прав потребителей, о защите конкуренции и т. д. Отсюда становится правомерным

²⁰¹ Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2005. № 1. Ст. 40.

²⁰² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Кн. 1. М., 2001. С. 38.

вопрос, существуют ли пределы подобному «высвобождению» из-под действия норм гражданского права.

По мнению М. И. Брагинского, в исследуемом п. 3 ст. 421 ГК РФ законодатель допустил некоторую неточность, фактически позволив сторонам договора своей волей парализовать действие императивных норм договорного права, содержащихся в части второй ГК РФ²⁰³.

Отсутствие правовых гарантий в виде императивных норм обязательственного права всегда приводит не к свободе всех участников оборота, а лишь к установлению диктата экономически сильного субъекта. По крайней мере для экономически слабой стороны это явно будет обременительным. Особенно широки возможности для злоупотреблений посредством конструкции смешанного договора в предпринимательской сфере, тем более когда договор фактически заключается путем присоединения к нему (п. 3 ст. 428 ГК РФ).

Д. В. Огородов и М. Ю. Чельшев полагают, что в данных условиях целесообразно применять исследуемую норму ограничительно и во взаимосвязи с п. 1 ст. 422 ГК РФ, не допуская отступления от соответствующих императивных правил договорного права. Свобода от сравнительно четких рамок нормативного регулирования системы поименованных договоров должна быть предоставлена лишь непоименованным договорам. Именно они (а не смешанные договоры) могут основываться лишь на общих положениях об обязательствах и аналогии права. Значение п. 3 ст. 421 ГК РФ должно пониматься иначе и заключаться в том, чтобы в известном смысле стабилизировать договорную практику и правоприменение. Ее цель – создание законодательного стержня для областей договорной практики, нуждающихся в гибких, новых формах²⁰⁴.

На основании вышеизложенного думается, что формулировку второго предложения п. 3 ст. 421 ГК РФ можно назвать одной из предпосылок для использования конструкции смешанного договора в «обход закона».

Рассмотрим, что из себя представляет понятие «обход закона».

²⁰³ Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 59–60.

²⁰⁴ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика. 2007. № 3. С. 53.

Теория «обхода закона» уходит корнями в римское право. В древнеримских источниках указывалось, что поступает против закона и тот, кто совершает запрещенное законом, и тот, кто, внешне следуя букве закона, «обходит» его смысл²⁰⁵. В России дореволюционного периода юристы также упоминали о проблеме «обхода закона», как правило, в контексте отдельных ситуаций без анализа его признаков и без приведения его определений. «Обход закона» чаще всего отождествлялся с обманом, притворностью и мнимостью. В частности, данный вопрос был затронут в трудах таких ученых, как Д. И. Мейер²⁰⁶, Н. Л. Дювернуа, Ю. С. Гамбарова²⁰⁷, Г. Ф. Дормидонтова и т. д.²⁰⁸.

В советский период поводом для обсуждения послужило то, что тогда впервые понятие «обход закона» получило закрепление на законодательном уровне. В ст. 30 ГК РСФСР 1922 г. указывалось, что сделки, совершенные в обход закона, признавались ничтожными. Затем в ГК РСФСР 1964 г. подобное основание недействительности уже отсутствовало. До недавнего времени данное понятие упоминалось лишь в научной литературе, так как не было закреплено в действующих нормативных правовых актах. Однако с 1 марта 2013 г. в ст. 10 ГК РФ «Пределы осуществления гражданских прав» вступили в действие изменения, устанавливающие, что совершение действий в «обход закона» следует признавать одной из форм злоупотребления правом²⁰⁹. Это свидетельствует о том, что законодатель значительно расширил сферу применения данной категории по сравнению с ГК РСФСР 1922 г. (так как речь идет не только о сделках в «обход закона», но и о любых иных действиях) и изменил ее историческое место среди недействительных сделок.

В той же статье ГК РФ теперь говорится, что «действия в обход закона не допускаются». Следовательно, основанные на них права злоупотребившей стороны могут быть судом не признаны и не защищены. Кроме того, на

²⁰⁵ Цит. по: Муранов А. И. Попытка внедрения в Гражданский кодекс РФ понятия «обход закона» и российская адвокатура // Адвокат. 2011. № 4. С. 6.

²⁰⁶ См.: Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. Казань, 1854. С. 98.

²⁰⁷ См.: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 760.

²⁰⁸ См. подробнее: Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М., 2008. С. 7–12.

²⁰⁹ О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 30.12.2012 № 302-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627.

основании новой редакции ст. 168 ГК РФ²¹⁰ данную сделку можно признать ничтожной как противоречащую публичным интересам либо как нарушающую права и охраняемые законом интересы третьих лиц.

Указанные нововведения вызвали неоднозначную реакцию в научных кругах задолго до принятия поправок. Одни поддерживают идею о целесообразности такого изменения, мотивируя это опытом западных стран, потенциальным усилением влияния судебной власти и возрастанием значимости публичных интересов по сравнению с частными²¹¹.

Другие настаивают на ошибочности такого внедрения в связи с увеличением возможностей для «судейского произвола»²¹² при толковании такой «каучуковой» (абстрактной) категории, как «обход закона». В качестве аргумента А. И. Муранов справедливо предлагает обратиться к поисковым системам «Яндекс» или «Google», чтобы убедиться в том, насколько многозначно словосочетание «обход закона» и в каких только ситуациях оно не используется (недаром один из немецких авторов назвал это словосочетание «выражением дилетантов»)²¹³. Автор также указывает, что «общественные отношения, регулируемые правом, бесконечны. Закон часто отождествляют с чертой, определяющей надлежащее и ненадлежащее в таких отношениях. Эта черта, исходя из бесконечности указанных отношений, также бесконечна. Именно поэтому вы просто не можете ее обойти (т. е. обойти закон): вы можете быть только по одну ее сторону или другую». «Чем больше в российском гражданском

²¹⁰ Изменения в ст. 168 ГК РФ вступили в действие с 1 сентября 2013 г. (См.: О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 07.05.2013 № 100-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2013. № 19. Ст. 2327.)

²¹¹ К числу сторонников возвращения «обхода закона» в лоно Гражданского Кодекса РФ относятся В. В. Витрянский, А. Егоров. (См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 2001. С. 661–663; см. также: Егоров А. Обход закона: специальная норма, не более того // Ведомости. № 95 (2861). 2011. С. 41.)

²¹² Как тут не вспомнить древнюю латинскую мудрость: «Quis custodiet ipsos custodet?» (Кто устережет самих сторожей). (Цит. по: Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. СПб., 2003. С. 148.)

²¹³ См., например: Муранов А. И. Попытка внедрения в Гражданский кодекс РФ понятия «обход закона» и российская адвокатура // Адвокат. 2011. № 4. С. 5 – 9; А. И. Муранов создал тематический сайт: www.obhodu-zakona.net; см. также: Абова Т. Е. Альтернативные формы разрешения споров нужны для удобства сторон, а не ради снижения нагрузки на судей // Арбитраж. практика. 2011. № 3. С. 13.

праве распространено понятие «обход закона» как подвид злоупотребления правом, тем легче российским судам злоупотреблять своими правами»²¹⁴.

Подобная критика оценочных понятий встречалась еще в дореволюционный период. В частности, И. А. Покровский справедливо указывал, что «как только мы выйдем из пределов этого ясного и определенного понятия, мы попадем на наклонную плоскость, по которой мы неизбежно докатимся до полного судебного контроля над всей областью оборота...»²¹⁵.

Несмотря на такое противостояние, появление категории «обход закона» в ГК РФ уже является поводом для того, чтобы задуматься о возможных перспективах, в частности в контексте заключения смешанных договоров.

Вопрос о понятии «обход закона» относится в доктрине к числу дискуссионных. По мнению Е. Д. Суворова, «обход закона» – это сделка, экономическая (хозяйственная) цель которой противоречит цели закона, но не самому закону. Автор, суммировав существующие в литературе подходы о понятии «обход закона», выделяет следующие часто повторяющиеся признаки²¹⁶:

- 1) обход закона представляет собой действие, нарушающее закон при его толковании не по букве, а по смыслу;
- 2) обход закона представляет собой правонарушение, отличительный признак которого состоит в маскировке под правомерное действие;
- 3) обход закона представляет собой формально правомерное действие, результат (цель²¹⁷) которого состоит в противоречии с законом.

Все вышеуказанные признаки можно наблюдать при заключении смешанного договора, формально соответствующего второму предложению п. 3 ст. 421 ГК РФ, но содержащего в себе положения, противоречащие смыслу закона. Именно смыслу, а не непосредственно нормам закона, регулирующим

²¹⁴ См.: Муранов А. И. О понятии «обход закона» в Проекте изменений в ГК РФ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.obhodu-zakona.net> (дата обращения: 05.03.2012).

²¹⁵ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 262.

²¹⁶ А. И. Муранов выделяет иные признаки «обхода закона»: многозначность, амбивалентность и эмоциональная окраска. (См.: Муранов А. И. О понятии «обход закона» в Проекте изменений в ГК РФ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.obhodu-zakona.net> (дата обращения: 05.03.2012).)

²¹⁷ Под целью в данном контексте, как правило, понимают вовсе не цель сделки как непосредственный результат, на который такая сделка направлена, а цель, «лежачая за пределами сделки», цель, наличием которой вообще вызвана к жизни данная сделка. (См.: Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М., 2008. С. 27.)

элементы разных договоров в составе смешанного, так как сторонам легально предоставлено право своим соглашением исключить применение соответствующих норм, в том числе и императивных.

Следовательно, нынешняя редакция п. 3 ст. 421 ГК РФ предоставляет возможность сторонам использовать конструкцию смешанного договора в «обход закона», что не способствует стабильности гражданского оборота в целом. Это ставит под удар интересы добросовестной стороны в случае возникновения спора, поскольку согласно новой редакции ГК РФ существует риск признания такого договора ничтожным.

Таким образом, согласимся с тем, что во избежание злоупотреблений данную норму следует толковать ограничительно, соблюдая императивные нормы гражданского законодательства, регулирующие элементы договоров, входящих в состав смешанного договора.

В то же время последние изменения в гражданское законодательство, касающиеся введения принципа добросовестности и «обхода закона» в ГК РФ, позволяют сделать вывод о появлении механизма борьбы со злоупотреблениями недобросовестной стороны смешанного договора. Указанные нововведения, несмотря на их неоднозначность, создали предпосылки для «противовеса» между п. 3 ст. 421 и п. 1 ст. 10 ГК РФ.

§ 2. Существо (сущность) смешанного договора

В очередной раз обратимся к содержанию формулировки второго предложения п. 3 ст. 421 ГК РФ. К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

Решая вопрос о правовом регулировании отношений, возникающих из смешанных договоров, законодатель употребляет в числе прочих понятие «существо» смешанного договора. Стоит отметить, что приведенная норма не единственный случай отсылки законодателя к существованию каких-либо правовых

явлений. Так, в одних случаях ГК РФ прямо ссылается на существо обязательства как на критерий применимости тех или иных норм. А именно в ст. 170, 310, 311, 313, 314, 315, 316, 406, 417, 421, 451 ГК РФ и др.

В других случаях, подразумевая обращение к сущности договора, законодатель не делает об этом специального указания, но только потому, что оно является излишним, так как в противном случае само применение соответствующих норм становится невозможным. Эти случаи так или иначе связаны с проблемой разграничения видов (типов) договоров: купли-продажи, аренды, подряда и т. д. Очевидно, что для того, чтобы отношения сторон регулировались, например, правилами главы ГК РФ о договоре купли-продажи, необходимо, чтобы они являлись таковыми, что не всегда следует из названия договора, так как стороны могут совершить ошибку в его квалификации или он может быть притворным²¹⁸.

В контексте формулировки п. 3 ст. 421 ГК РФ интересно рассмотрение не «сущности» (существа) в широком смысле как универсального понятия, адаптированного под любое правовое явление в гражданском праве, а понятие «сущность» (существо) именно договора в узком смысле. В данном случае снова имеем дело с «каучуковой» (абстрактной) категорией. О. А. Покровский указывал по этому поводу, что выделение сущности сделки имеет под собой объективные основания, ее интуитивное отыскание, отличаясь неопределенностью и неустойчивостью, повышенной зависимостью от субъективного усмотрения, противоречит сути нормативного регулирования, а также интересам устойчивости гражданского оборота, заключает в себе опасность судебного произвола²¹⁹.

В литературе встречается и противоположная точка зрения, согласно которой простор, предоставленный судьям п. 3 ст. 421 ГК РФ, представляется вполне оправданным. По мнению А. И. Савельева, применение специальных правил о договорах, относящихся к отдельным элементам смешанного договора, может быть заблокировано судом со ссылкой на существо смешанного договора,

²¹⁸ Кашанин А. В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журн. рос. права. 2001. № 4. С. 93.

²¹⁹ Покровский О. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 89–106.

если такое применение будет неприемлемым исходя из политико-правовых соображений или будет противоречить цели смешанного договора, выраженной в выбранной сторонами уникальной совокупности прав и обязанностей. В подтверждение данного тезиса автор приводит примеры из судебной практики, когда спорный договор был квалифицирован судом как смешанный, содержащий в себе как условия договора возмездного оказания услуг, так и условия договора, не предусмотренного действующим законодательством. При этом применение к отношениям сторон правил ст. 782 ГК РФ об одностороннем отказе от исполнения договора возмездного оказания услуг было признано противоречащим существу заключенного сторонами смешанного договора²²⁰.

Безусловно, такой подход будет привлекательным для той стороны, в интересах которой будет решен спор подобным образом. Но думается, что если такой метод получит в дальнейшем распространение на практике, это даст возможность судьям принимать «непредсказуемые» решения, обосновывая это сущностью смешанного договора. Исход каждого конкретного дела будет зависеть от субъективных соображений судьи, а не от объективных критериев. Это приведет к усилению судебной власти и верховенства судебного прецедента над нормами гражданского законодательства, что не совсем соответствует российской системе права²²¹. В связи с этим целесообразно установить определенные рамки в понимании сущности смешанного договора.

В свое время О. С. Иоффе отмечал, что для всестороннего ознакомления с сущностью договора он должен быть изучен и как юридический факт, и как правоотношение, и как форма, используемая при его заключении²²². Данный подход был уже использован выше в настоящей работе при рассмотрении понятия «элемент смешанного договора».

Такая позиция весьма категорично критикуется Б. И. Пугинским. Он указывает, что «навязываемые более века объяснения сущности договора на

²²⁰ См.: Савельев А. И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2011. № 8 (225). С. 33.

²²¹ Согласно Законопроекту ГК РФ количество статей, содержащих отсылку к категории «существо» чего-либо значительно увеличивается. Что, безусловно увеличит, возможности для судебного усмотрения.

²²² Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 26–27.

основе неопределенных или по иным причинам непригодных для этого категорий вынуждают множество людей заниматься поиском рациональных зерен в таких построениях, искать в них то, чего там нет. Это пример того, как ученые могут «изучать» договор без того, чтобы что-нибудь понять в нем. В подобной ситуации необходимо перевести познание договора в иное исследовательское поле, основанное не на схоластических и надуманных построениях, а на строгой методологии и анализе позитивной договорной практики». ²²³ В этой связи, по мнению автора, не может не вызвать возражений попытка М. И. Брагинского раскрыть сущность договора через категорию «сделка» (договор-сделка), т. е. фактически определить целое через его часть. Подобная трактовка договора бесосновательно отбрасывает многое ценное в понимании договора, что было накоплено цивилистической теорией и закреплено в современном законодательстве. В результате один из важнейших правовых регуляторов человеческой деятельности – договор, сопоставимый по своей значимости с законом, оказывается сведенным к одной из его частных предпосылок – сделке²²⁴.

Не поддерживая в полной мере указанную критику, в данном случае исходя из цели исследования, мы используем все-таки иной метод познания.

Начнем с общего понимания сущности. Согласно словарю С. И. Ожегова, Н. Ю. Шведова понятие «существо» («чтотость») – от лат. *quidditas*) означает сущность, внутреннее содержание чего-нибудь, суть²²⁵. В связи с тем, что согласно многим толковым словарям²²⁶ понятия «сущность» и «существо» являются синонимами, в дальнейшем по тексту мы будем руководствоваться категорией «сущность» как наиболее соответствующей целям настоящего исследования.

Категория «сущность» является преимущественно философской. Если обратиться к пониманию сущности (существа) в философии, то можно еще раз убедиться в «размытости» и абстрактности данного понятия. А именно «сущность» – это то, что составляет суть вещи, совокупность ее существенных

²²³ Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С. 42.

²²⁴ Там же. С. 28.

²²⁵ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 702.

²²⁶ См. также: Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. М., 1935–1940.

свойств, субстанциональное ядро²²⁷. Сущность – это внутреннее содержание предмета, выражающееся в единстве всех его многообразных свойств и отношений²²⁸. Как верно заметил Б. Рассел, сущность – это «безнадежно сбивающее с толку понятие. По-видимому, понятие сущности вещи имело в виду те из ее свойств, которые нельзя изменить, чтобы она не перестала быть сама собой... В действительности, вопрос о сущности есть вопрос о том, как употреблять слова. Мы употребляем одно и то же имя в различных случаях для довольно разнообразных явлений, которые рассматриваем как проявление одной и той же «вещи» или «лица». Фактически, однако, это лишь создает удобство словоупотребления... Вопрос этот чисто лингвистический: слово может иметь сущность, но вещь – не может»²²⁹.

Вышеизложенное частично объясняет тот факт, что в юридической литературе практически отсутствуют систематизированные исследования, посвященные непосредственно сущности договора²³⁰. Как правило, авторы рассматривают сущность договора в определенном контексте. Пожалуй, это вполне объяснимо, так как нас тоже интересует понятие сущности договора именно для целей регулирования правоотношений, возникающих из смешанных договоров.

К примеру, В. В. Груздев, рассматривая вопросы возникновения договорного обязательства, указывает, что основой теоретического исследования проблемы существенных условий договора выступает понятие сущности конкретного договорного обязательства. Под сущностью конкретного договорного обязательства, по мнению автора, надлежит понимать главное в содержании этого обязательства, представленное совокупностью обусловленных объективными и субъективными факторами таких прав и обязанностей, которые выражают природу и характер соответствующего правоотношения и без которых существование и исполнение последнего, как самостоятельного, качественно

²²⁷ Философский энциклопедический словарь. М., 1998. С. 467.

²²⁸ Советский энциклопедический словарь. М., 1984. С. 1287.

²²⁹ Цит. по: Философия : энцикл. слов. / под ред. А. А. Ивина. М., 2004. С. 798.

²³⁰ Хотя в советский период некоторые авторы обращались к данной теме. См., например: Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. 238 с.

определенного и индивидуального явления, для достижения правовой цели договора невозможно.²³¹

Также вопросы о сущности договора косвенно затрагиваются при изучении каузы²³² сделки (в том числе при раскрытии особенностей (правовой природы) тех или иных договоров²³³), а также при рассмотрении вопросов толкования гражданско-правового договора²³⁴.

Полагаем, что изучение сущности договора посредством рассмотрения вопросов о понятии «кауза» сделки и о толковании договора позволит нам увидеть проблему с разных ракурсов. Тем более что некоторые авторы используют такой же подход при анализе сущности обязательства²³⁵.

Понятие «кауза» в российской цивилистической доктрине тоже весьма неоднозначно. Напомним, что «кауза» в классическом понимании – это есть основание сделки, ее направленность на определенный юридический результат. Каузу как правовое понятие следует отличать от экономических, психологических, эмоциональных и иных мотивов совершения той или иной сделки²³⁶. Также сразу укажем на единство каузы сделки и обязательства, порождаемого ею как правоотношения. В цели обязательства выражается его экономическое назначение, что мы учтем ниже. Целенаправленность является еще одним из признаков обязательства²³⁷. Направленность (цель) в обязательстве интегрирующим началом, «цементирует» его элементы воедино, поэтому она является одной из центральных категорий обязательственного права²³⁸.

²³¹ Груздев В. В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Томск, 2008. С. 6–7.

²³² См. подробнее о категории «кауза»: Кашанин А. В. Кауза сделки в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2002. 211 с.

²³³ См., например: Ламм Т. В. Многосторонние договоры в гражданском праве. Общие положения. Иркутск, 2002. С. 6–12.

²³⁴ См., например: Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре /отв. ред. П. П. Баранов. СПб., 2001. С. 175–179.

²³⁵ См.: Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография. М., 2010. С. 157–159.

²³⁶ См.: Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / С. С. Алексеев [и др.] ; под общ. ред. С. А. Степанова. М. ; Екатеринбург, 2010. С. 213.

²³⁷ См. например: Советское гражданское право : учебник : в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 411–414; Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 76.

²³⁸ Кулаков В. В. Обязательство и осложнения ... С. 80.

Все чаще термин «кауза» стали привязывать не только к делению сделок на каузальные и абстрактные, но и к понятию гражданско-правового договора²³⁹. И. В. Бекленищева, основываясь на логике дореволюционных и современных авторов²⁴⁰, справедливо приходит к выводу, что каузу нужно рассматривать в узком и широком смыслах. Под каузой сделки в широком смысле следует понимать основание сделки, а именно направленность на достижение определенных правовых последствий (установление, изменение или прекращение правовых отношений сторон). В этом смысле юридическое значение каузы состоит в том, чтобы отграничить сделку от иных нравственных, так называемых джентльменских соглашений. Под каузой же сделки (договора) в узком смысле следует понимать цель отдельно взятого вида сделки, как то: направленность на возмездную передачу в собственность по купле-продаже, на оказание услуг и т. п.²⁴¹ Тем самым каузу в узком смысле отождествляют с правовой целью конкретного договора (или признаком направленности²⁴²).

По аргументированному суждению Е. Годеме, «соглашение есть согласие двух или нескольких лиц, направленное на юридическую цель. Когда эта юридическая цель состоит в установлении обязательства, согласие получает наименование договора (контракта)»²⁴³.

Определение договора не может быть обусловлено требованием о выделении конкретного основания, или каузы в узком смысле, в качестве его признака. Таким образом, кауза сделки в широком смысле – это необходимое условие ее существования и действительности, а кауза сделки в узком смысле есть основание для научной классификации, систематизации отдельных видов

²³⁹ См., например: Кашанин А. В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журн. рос. права. 2001. № 4. С. 94; Полуяхтов И. К вопросу о делении сделок на абстрактные и каузальные // Цивилистическая практика. Екатеринбург, 2002. Вып. 4. С. 105–113; Гражданское право. Т. 1 : учебник / под ред. Е. А. Суханова. 3-е изд. М., 2004. С. 453–454.

²⁴⁰ Четко терминологически не дифференцируя, В. С. Ем рассматривает каузу сначала в части общих признаков понятия сделки, а затем в части делений сделок на виды (Гражданское право. Т. 1 : учебник / под ред. Е. А. Суханова. 3-е изд. С. 442–444, 453–455). Подобный подход использовали и некоторые дореволюционные авторы. (См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 305, 309–310).

²⁴¹ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 47–48.

²⁴² См. подробнее о признаках направленности: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 83–106.

²⁴³ Годеме Е. Общая теория обязательств / пер. с фр. И. Б. Новицкого. М., 1948. С. 30.

договорных обязательств²⁴⁴ и, как нам видится, для выявления сущности договора в целях осуществления правового регулирования. Следовательно, далее по тексту мы будем использовать термин «кауза» в узком смысле.

Применительно к смешанным договорам можно отметить, что особенностью является тот факт, что определение сущности всего смешанного договора в целом будет опосредовано выявлением двух, а иногда и более кауз. Поскольку смешанный договор включает в себя совокупность элементов разных договоров, то выявление каузы должно осуществляться по каждому из этих договоров в отдельности. К примеру, если смешанный договор содержит в себе элементы договоров купли-продажи и возмездного оказания услуг, то сущность данного договора будет определяться объединением двух кауз на передачу имущества в собственность и на оказание услуг. Именно смешение нескольких кауз (их влияние друг на друга) образует специфику существа смешанного договора.

В этом смысле следует согласиться с тем, что «принцип свободы договора исключает замкнутость устремлений относительно юридического результата и соответственно теоретически исключает «окончательный» набор кауз»²⁴⁵.

Российское гражданское право относится к правовым системам, не признающим юридический формализм в качестве ведущего своего принципа. Отдавая должное форме сделки, оно требует, чтобы суду представляли не чисто формальную, а реальную экономическую операцию между сторонами. Тем самым в процессе правоприменения имеет место исследование сущности отношений сторон договора, соответствие которых заявляемой операции является условием применения норм о ней²⁴⁶.

Таким образом, думается, что существо договора (каузу) можно выявить посредством применения ст. 431 ГК РФ, посвященной толкованию договора. Заметим, что в данной статье не содержится самого термина «существо договора», но используются такие сходные понятия, как «смысл договора», «цель

²⁴⁴ Бекленишева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 49.

²⁴⁵ Полуяхтов И. К вопросу о делении сделок на абстрактные и каузальные // Цивилистическая практика. Екатеринбург, 2002. Вып. 4. С. 105–113.

²⁴⁶ Кашанин А. В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журн. рос. права. 2001. № 4. С. 94.

договора». На основании ст. 431 ГК РФ можно раскрыть механизм выявления сущности того или иного договора (в том числе и смешанного).

Положения ГК РФ, закрепляющие принцип свободы договора (ст. 421) и правила толкования гражданско-правовых договоров (ст. 431), не требуют от сторон заключаемого договора в самом его тексте увязывать его с системой поименованных договоров. Зачастую из текста (в том числе из названия) гражданско-правового договора, даже относящегося к поименованным договорам, прямо не следует, к какому их типу и виду он относится. Подобная ситуация возникает в тех случаях, когда составители текста договора не осуществляют необходимого юридического опосредования экономической и (или) технической сути отношений, используя для определения предмета экономической (техническую и иную неюридическую) терминологию. Разумеется, это несколько затрудняет правовую квалификацию договора при возникновении спора, в особенности если содержание заключенного договора является сложным и такой договор относится к смешанным²⁴⁷.

При рассмотрении вопроса о толковании договора используются, как правило, три теории, достаточно глубоко раскрытые в российской цивилистике, о приоритете воли или волеизъявления²⁴⁸. А именно: теория воли²⁴⁹, теория волеизъявления²⁵⁰ и теория единства воли и волеизъявления²⁵¹.

Согласно ст. 431 ГК РФ о воле контрагентов следует судить по буквальному значению содержащихся в договоре слов и выражений. То есть суд обязан буквально толковать договор (по принципу «теория волеизъявления»), и только в том случае, когда содержание последнего не может быть установлено посредством буквального толкования, ему предписано выяснить действительную общую волю сторон с учетом цели договора (по принципу «теория воли»).

²⁴⁷ Огородов Д. В. О правовой квалификации отдельных договоров, сходных со смешанными договорами // Комментарий судебно-арбитражной практики / под ред. В. Ф. Яковлева. М., 2010. С. 69–70.

²⁴⁸ О соотношении данных категорий см. подробнее: Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. Душанбе, 1983. 256 с.

²⁴⁹ См.: Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 7; Шахматов В. П. Основные проблемы теории сделок по советскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1951. С. 8–9.

²⁵⁰ См.: Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 22

²⁵¹ См.: Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Сов. гражданское право. 1946. № 3 (4). С. 46; Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 98.

Последовательная реализация данной нормы на практике приводит к тому, что суд ограничивается использованием только одного способа – грамматического, игнорируя при этом все остальные²⁵².

По мнению многих исследователей²⁵³, такая позиция законодателя в отношении толкования договора весьма непоследовательна и противоречива. На практике часто встречаются случаи, когда из-за каких-либо искажений текста (опечаток) воля контрагента неправильно отражена. Особенно это актуально при заключении нетипичных договоров, в том числе смешанных. Продемонстрируем это на следующем примере.

ОАО и ООО заключили смешанный договор, в соответствии с которым ОАО должно было поставить второму 1500 тыс. куб. м леса хвойных пород по себестоимости, а ООО обязывалось выделить ЗАО одну четырехкомнатную квартиру, одну двухкомнатную и произвести строительные работы на определенную сумму²⁵⁴. Обязательство по поставке леса было выполнено, в ответ на что данному юридическому лицу была выделена одна четырехкомнатная квартира. Предоставить еще одну квартиру и выполнить соответствующие работы ООО отказалось, ссылаясь на то, что свои обязательства по поставке леса поставщик выполнил частично. Поставщик обратился с иском в суд о понуждении ООО к исполнению обязательства в полном объеме, в частности о передаче второй квартиры и выполнении работ, обосновывая это тем, что в договоре была допущена опечатка. Фактически при заключении договора речь шла о поставке 1500 куб. м леса. Арбитражный суд в иске отказал. Основным доводом в принятии такого решения было то, что при толковании договора принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем выражений.

²⁵² См., например: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.11.2008 по делу № А79-1479/2008; Постановление ФАС Московского округа от 30.12.2008 № КГ-А40/10742-08 по делу № А40-3167/08-110-20 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

²⁵³ Например: Уруков В. Н. Толкование договора (к вопросу о применении статьи 431 Гражданского кодекса Российской Федерации) // Право и экономика. 2009. № 6. С. 111-116; Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / отв. ред. П. П. Баранов. СПб., 2001. С. 175–176.

²⁵⁴ Имел место смешанный договор с элементами мены и подряда.

Таким образом, все аргументы относительно того, что воля не соответствовала волеизъявлению, были отклонены²⁵⁵.

В приведенном примере судебные инстанции не придали должного значения очевидной разнице в стоимости объема поставок леса и стоимости квартир вместе с работами. В данном случае получилась довольно странная ситуация, когда, проявив свободу определения условий договора, сторона лишилась того, на что была вправе рассчитывать, из-за опечатки. Единственной защитой для добросовестной стороны здесь является собственный доскональный контроль текста договора²⁵⁶, что тоже не всегда помогает.

Относительно смешанных договоров в судебной практике встречаются специальные указания по толкованию. К примеру, научно-консультативные советы при ФАС Западно-Сибирского округа и ФАС Уральского округа рекомендовали при разрешении вопроса о возможности считать смешанный договор заключенным в части условий, относящихся к элементам одного договорного типа, если условия, являющиеся существенными для других типов договоров, не могут быть признаны согласованными, рекомендуется исходить из волеизъявления сторон. Смешанный договор может быть признан заключенным в части, если воля сторон направлена на сохранение и исполнение согласованной части предусмотренных им обязательств как предмета самостоятельного интереса его участников²⁵⁷. То есть опять же приоритет при толковании отводится волеизъявлению сторон, а уж потом воле.

По одному из дел о смешанных договорах Президиумом ВАС РФ был сделан иной вывод о том, что суды нижестоящих инстанций при толковании условий смешанного (с элементами поставки, подряда и возмездного оказания услуг) договора неправильно применили ст. 431 ГК РФ. А именно использовали только буквальное значение содержащихся в нем положений, не сопоставили их с другими условиями и смыслом договора в целом, не выяснили действительную

²⁵⁵ См.: Богданов Е. В. В чью пользу толковать сомнение? // Рос. юстиция. 2001. № 9. С. 53.

²⁵⁶ См.: Щетинкина М. Ю. Толкование судом гражданско-правовых договоров как основа реализации принципа свободы договора: некоторые проблемные аспекты // Рос. судья. 2009. № 2. С. 25.

²⁵⁷ Рекомендации о вопросах заключенности и действительности гражданско-правовых договоров: утв. Протоколом от 16.12.2008 научно-консультативных советов при ФАС Западно-Сибирского округа и ФАС Уральского округа [Электронный ресурс]. URL: <http://www.faszso.ru/attachments/article/62/9.pdf>.

общую волю сторон с учетом цели договора, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон²⁵⁸.

По мнению А. Д. Корецкого, применение теории волеизъявления при толковании плохо согласуется с требованиями иных нормативных актов. Суду при рассмотрении спора так или иначе приходится выяснять действительную общую волю сторон, что обусловлено следующими причинами. Сам закон предписывает суду выяснить обстоятельства рассматриваемого спора полно и всесторонне (этот вывод следует из анализа ст. 168 АПК РФ²⁵⁹; ст. 195, 196 ГПК РФ²⁶⁰). Вместе с тем выполнение подобного требования невозможно без установления истинной воли сторон договорного отношения. Без выяснения действительной воли сторон иногда вообще невозможно правильно разрешить спор, вследствие чего высшие судебные инстанции вынуждены в ряде случаев рекомендовать нижестоящим судам отступать от правил толкования²⁶¹, установленных ст. 431 ГК РФ²⁶².

Еще Е. Годеме, рассматривая особенности безымянных договоров, указывал, что прежде чем искать, каково название соглашения, в какую категорию оно входит, нужно прежде всего установить намерение сторон²⁶³.

Несмотря на названные преимущества, теория воли также подвергается критике в литературе. Во-первых, в силу спорности самого понятия воли. Как отмечает А. В. Кашанин, основная проблема заключается в том, что ни одно из

²⁵⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 18140/09 по делу № А56-59822/2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

²⁵⁹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

²⁶⁰ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

²⁶¹ См., например: п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ № 18 от 22.10.1997 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений ГК РФ о договоре поставки» // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система. Суду предстояло выяснять действительную волю сторон при решении вопроса о порядке распределения транспортных расходов. Несмотря на то что данные разъяснения касаются толкования лишь отдельных условий, а не всего договора в целом, сам факт их существования свидетельствует о том, что буквальное толкование само по себе не всегда обеспечивает правильное и своевременное разрешение спора.

²⁶² Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / отв. ред. П. П. Баранов. СПб., 2001. С. 175–179. Подобный опыт толкования уже сложился в сфере международного права. Например, в ст. 31 Венской конвенции «О праве международных договоров» (Вена, 23 мая 1969 г.); в ст. 8 Конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (Вена, 11 апреля 1980 г.) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

²⁶³ Годеме Е. Общая теория обязательств. Пер. с фр. И. Б. Новицкого. М., 1948. С. 34.

общепринятых в цивилистике значений категории воли не вписывается в полной мере в систему правовых конструкций и не позволяет эффективно ее использовать для указанных выше целей. Во-вторых, основной причиной непригодности конструкции воли для права является ее сугубо субъективный характер. Она относится к области внутреннего, психического, что делает недоступным ее непосредственное восприятие человеком (в том числе судьей).

Также примечательно, что в различных ситуациях законодатель не требует согласования абсолютно всех вопросов, касающихся отношений между контрагентами. Для признания договора заключенным достаточно достичь соглашения по его существенным условиям. Стороны могут не предвидеть многие юридические последствия, в связи с чем часть вопросов остается неурегулированной, причем не все из них решаются в нормах права, относящихся к договору соответствующего вида²⁶⁴. Кроме того, в случае возникновения споров относительно нетипичных договорных отношений (в том числе при заключении непоименованных и смешанных договоров) воля участников по существенным условиям выражена, как правило, косвенным путем, неконкретно или в неустановленной форме, путем одностороннего волеизъявления либо вопреки подлинной воле²⁶⁵.

Именно на суде лежит обязанность обеспечить правильное применение права вне зависимости от заблуждения сторон по поводу содержания заключенного ими договора. Эффективность применения положений о смешанных договорах во многом зависит от тщательности рассмотрения материалов соответствующего дела, прежде всего от глубины анализа условий договора судом. Вне этих предпосылок правила о смешанном договоре оказываются неэффективными²⁶⁶. При этом, как верно заметил Д. В. Огородов, «квалификация договора как смешанного должна иметь под собой объективные правовые основания, вытекать из сущностного содержания условий договора.

²⁶⁴ Кашанин А. В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журн. рос. права. 2001. № 4. С. 94.

²⁶⁵ См.: Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душанбе, 1984. С. 18.

²⁶⁶ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика. 2007. № 3. С. 52.

Представляется правильным ограничивать тенденцию характеризовать любой более или менее сложный (в экономическом, техническом смысле) договор как смешанный. Значительный объем текста договора, высокая степень детализации его условий сами по себе не могут свидетельствовать о том, что такой договор является смешанным²⁶⁷.

В Постановлении от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» Пленум ВАС РФ отдал предпочтение целевому (телеологическому) толкованию как основному способу уяснения юристом смысла нормы: «Норма, определяющая права и обязанности сторон договора, толкуется судом исходя из ее существа и целей законодательного регулирования, т. е. суд принимает во внимание не только буквальное значение содержащихся в ней слов и выражений, но и те цели, которые преследовал законодатель, устанавливая данное правило».²⁶⁸

Следовательно, при рассмотрении споров, со смешанными договорами в том числе, следует использовать все способы толкования, опираясь при этом на теорию воли, теорию волеизъявления и цели законодателя в совокупности. Судьи должны пытаться установить действительные намерения сторон, поскольку в большей степени именно намерения сторон иллюстрируют существо любого договора.

Как указывалось выше, наличие нескольких кауз, которые должны быть правильно выявлены (квалифицированы) в процессе толкования, порождает некоторые сложности при осуществлении правового регулирования. В частности, смешанный договор может содержать в себе элементы договоров, которые содержат взаимоисключающие системные признаки. Ю. В. Романец справедливо замечает, что далеко не всегда такое сочетание ограничивается беспроблемным совокупным применением к сложному договору правил о соединенных в нем обязательствах. Соответственно, во многих случаях нормы одного договорного института противоречат нормам другого. Имеется в виду то, что «нередко соединение элементов различных договоров исключает применение “родных”

²⁶⁷ Огородов Д. В. О правовой квалификации отдельных договоров, сходных со смешанными договорами // Комментарий судебно-арбитражной практики / под. ред. В. Ф. Яковлева. М., 2010. С. 72.

²⁶⁸ О свободе договора и ее пределах : постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

норм об этих договорах, требует их изменения»²⁶⁹. В связи с этим, естественно, возникает вопрос о том, какие положения приоритетны.

Для решения данной проблемы приоритета нормы в смешанных договорах любопытным является мнение Е. В. Татарской о том, что целесообразно путем толкования положений действующего законодательства выявить существующую иерархию системных признаков в смешанном договоре с целью их поэтапного применения при возникновении спора. Каждый системный признак занимает свою ступень и имеет свою значимость, заранее определенную для случаев, когда сочетаемые признаки субъективно равнозначны и нормы, определяемые этими системными признаками, противоречат друг другу. Автор полагает, что иерархию системных признаков гражданских договоров можно выстроить следующим образом: 1) направленность; 2) возмездность/безвозмездность; 3) объект; 4) субъект²⁷⁰.

Наибольшие сложности при определении места в системе квалифицирующих признаков вызывает признак объекта и его соотношение с признаком субъекта. Законодатель в некоторых случаях выделяет по указанному признаку объекта договорные типы, а в других случаях – виды. По признаку же субъекта выделяются лишь виды. Особенности правового регулирования правоотношения, вызванные спецификой его субъектного состава, можно расценивать как менее значимые, нежели обусловленные системным признаком объекта.²⁷¹

Вызывает сомнения вопрос, насколько обозначенный подход будет эффективен в правоприменительной практике и насколько он сможет служить интересам добросовестной стороны. Тем более сразу можно привести контраргумент. Если заключается смешанный договор, в котором содержатся элементы договора аренды предприятия и подряда, то возникает вопрос о необходимости его государственной регистрации. Очевидно, что будет подлежать

²⁶⁹ См.: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006. С. 75.

²⁷⁰ См. подробнее о системных признаках в системе договоров: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2006.

²⁷¹ Татарская Е. В. Правовое регулирование смешанных договоров // Проблемы современной юридической теории : сб. науч. ст. М., 2010. С. 353–374.

государственной регистрации весь договор, что в данном случае указывает на преобладание системного признака объекта (недвижимости) перед другими системными признаками.

Таким образом, универсальным данный подход не будет являться в связи с неограниченным количеством возможных сочетаний системных признаков в составе смешанного договора. На практике заключались и заключаются договоры, содержащие в себе равноценные по значению системные признаки. Например, договоры между предпринимателями (равными субъектами) относительно по значимости равноценных объектов (например, часть вещей по договору передается в собственность, часть – в пользование). Получается неразрешимая ситуация.

Однако, предложенная теория явно заслуживает внимания и дальнейшего подробного изучения.

Как было подробно рассмотрено ранее, существуют два подхода к правовому регулированию смешанных договоров: поглощения и комбинирования. Учитывая упомянутые выше споры, возникающие в правоприменительной практике, можно сделать вывод, что в чистом виде применение принципа комбинирования, закрепленного в п. 3 ст. 421 ГК РФ, не всегда эффективно. Соответственно, в случаях, когда возникают противоречия между применяемыми нормами к элементам смешанного договора, нужно в качестве субсидиарного (дополнительного) использовать принцип поглощения. Применение принципа поглощения должно осуществляться как исключение из общего правила о принципе комбинирования в том случае, если будет выявлена невозможность одновременного применения норм, регулирующих разные элементы смешанного договора.

С учетом изложенного можно предложить внести следующие дополнения в п. 3 ст. 421 ГК РФ: «В случае возникновения противоречий между нормами, регулирующими отдельные элементы смешанного договора, применению подлежат нормы, регулирующие преобладающие элементы смешанного договора».

В таких случаях суды должны определить в смешанном договоре преобладающий элемент и подчинить весь договор его правовому режиму. Думается, преобладание элементов нужно выделять еще и с использованием экономических факторов – в частности, какой из элементов договора в составе смешанного имеет большее значение, в том числе и по стоимости (об этом подробнее рассмотрено в § 2 гл. 3), тот и будет являться доминирующим. В связи с чем категорию сущности договора нужно наделять еще и экономическим содержанием.

На основании указанного выше в целях применения п. 3 ст. 421 ГК РФ можно дать следующее обобщенное определение сущности смешанного договора: это совокупность кауз (признаков направленности отдельных элементов смешанного договора на определенный правовой результат), выявленных посредством толкования договора судом с целью установления приоритета того или иного элемента смешанного договора для осуществления правового регулирования, в случае если иное не предусмотрено соглашением сторон. Так как, если стороны установят в договоре, какие нормы приоритетны, то отыскание сущности смешанного договора становится уже нецелесообразным в связи с возможностью применения норм, указанных сторонами. Следовательно, если стороны пропишут в смешанном договоре с элементами оказания услуг и купли-продажи, что в случае возникновения коллизии приоритетное значение будут иметь нормы о купле-продаже, то в случае спора отпадает сама необходимость выявления сущности смешанного договора.

Полагаем, что нужно связывать выявление сущности смешанного договора именно с необходимостью выявления приоритета в силу того, что целью определения сущности является именно установление тех норм, которые подлежат применению при осуществлении правового регулирования отношений, возникших из смешанного договора. Применению в свою очередь будут подлежать нормы только какого-либо конкретного (-ых)²⁷² из договоров, элементы которых находятся в составе смешанного.

²⁷² Если в составе смешанного договора содержатся элементы более двух договоров.

Если же предложенный алгоритм не решает проблемы правового регулирования отношений из смешанного договора и принцип поглощения неприменим из-за невозможности выявления доминирующего элемента в силу его равнозначности с другим (-ми), то, полагаем, единственным логичным выходом из сложившейся ситуации является применение общих положений о гражданско-правовом договоре. То есть равнозначность элементов договоров в составе смешанного договора имеет взаимоисключающее значение. Однако сомнительно, насколько такой подход сможет быть поддержан судебной практикой. Обычно судьи стремятся в первую очередь применять нормы особенной части гражданского права, так как традиционно приоритетны нормы, содержащиеся в главах и параграфах ГК РФ, посвященных отдельным видам договоров и их разновидностям, перед общими положениями об обязательствах, которые подлежат, как правило, лишь субсидиарному применению.

ГЛАВА 3. СМЕШАННЫЙ ДОГОВОР В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

§ 1. Смешанные, непоименованные и комплексные договоры

Интересна представляет дискуссия о соотношении смешанных, нетипичных и непоименованных договоров (п. 2 ст. 421 ГК РФ), развернувшаяся в среде цивилистов.

В советское время некоторые ученые, в частности О. Н. Садилов²⁷³ и В. А. Ойгензихт²⁷⁴, при определении смешанных договоров использовали термин «нетипичный». При этом смешанные договоры помещались учеными в один ряд с иными нетипичными договорными институтами (такими как квази-договоры, конклюдентные договоры, транзитные договоры и т. д.). В частности, В. А. Ойгензихт, давая определение нетипичным договорам, указывал, что к ним относятся обычно фактические отношения, в большинстве случаев не оформленные надлежащим образом. В таких договорах ослаблен гражданско-правовой характер.²⁷⁵

Существует и противоположная точка зрения. По мнению А. А. Собчака, применение к смешанным договорам термина «нетипичный» является некорректным²⁷⁶. Такой же позиции придерживается Е. В. Татарская. Она аргументирует свою точку зрения тем, что, поскольку прилагательное «типичный» характеризует явление как ярко выраженное, несущее в себе характерные особенности какого-либо типа явлений, следовательно, слово «нетипичный» имеет противоположное значение и означает явления, обычно не свойственные, не характерные для того или иного типа явлений. Поскольку непоименованные и смешанные договоры получили не только широкое применение на практике, но и законодательное закрепление в действующем

²⁷³ Садилов О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве // Сов. государство и право. 1972. № 2. С. 33.

²⁷⁴ Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве : учеб. пособие. Душанбе, 1984. С. 44.

²⁷⁵ Там же. С. 17.

²⁷⁶ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры ... С. 63.

ГК РФ, отпали какие бы то ни было основания для отнесения этих договорных конструкций к нетипичным для гражданского права явлениям²⁷⁷. Сразу стоит заметить, что с последним аргументом мы не согласны в силу того, что в законе закреплен лишь определенный «каркас», используемый участниками гражданских правоотношений для комбинирования различных договорных сочетаний, каждое из которых уникально в силу своей незакрепленности в законе, а, следовательно, нетипично для гражданско-правового законодательства.

Напрашивается вывод о том, что целесообразно снова ввести в научный оборот термин «нетипичные договорные отношения» с учетом современной действительности, которая существенно отличается от советского периода, когда указанная правовая категория являлась предметом глубоких научных исследований. В связи с этим необходимо проведение новейших исследований относительно данной правовой категории.

На наш взгляд, более правильным было бы отнести смешанные договоры к нетипичным, о чем мы уже упоминали в первой главе. Нетипичность проявляется в оригинальности конструкции, образуемой при смешении элементов разных договоров, как правило, предусмотренных в законе.

Также большинство авторов полагают, что смешанные договоры являются разновидностью непоименованных договоров²⁷⁸. В. А. Белов и С. А. Бушаенкова утверждают, что «понятие о договоре смешанном может быть корректно применено не ко всем договорам, а лишь к тем, которые не предусмотрены законодательными актами (т. е. непоименованным договорам)»²⁷⁹.

Приведенное положение вызывает, как нам кажется, все же некоторые сомнения, потому что ст. 421 ГК РФ определяет разные квалифицирующие признаки непоименованных и смешанных договоров, что делает их предметом различных классификаций. Парными понятиями являются поименованные (урегулированные в законе) и непоименованные (неурегулированные в законе)

²⁷⁷ Татарская Е. В. Непоименованные и смешанные договоры // Рос. юстиция. 2007. № 4. 8–13.

²⁷⁸ См., например: Е. А. Батлер. Непоименованные договоры : некоторые проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2006. С. 148–164; Руднева Л. А. Вопросы совершенствования договорного регулирования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 166–175.

²⁷⁹ Белов В. А., Бушаенкова С. А. Договор управления многоквартирным домом, заключаемый с управляющей организацией или единоличным управляющим // Законодательство. 2007. № 1. С. 14–15.

договоры. Смешанные же договоры составляют самостоятельную категорию, имеющую свои специфические признаки. Очевидно, что не совсем верно называть смешанные договоры непоименованными.

Как справедливо резюмировал М. И. Брагинский на основе проведенного им подробного исследования истории появления и развития непоименованных договоров, признание спорного правоотношения договором непоименованным означает, помимо прочего, отсутствие урегулирования не только вида, но и соответствующего ему типа. К таким договорам, не укладывающимся в рамки определенного не только вида, но и типа, необходимо применять, прежде всего, нормы сходного типа договоров, а при его отсутствии – нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры. Это статьи, помещенные в разд. III ГК РФ «Общая часть обязательственного права».

Если аналогия закона и общие нормы обязательственного (договорного) права не приводят к желаемым результатам, остается последняя возможность – воспользоваться аналогией права, т. е. вынести решение исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости²⁸⁰.

В то же время смешанные договоры предполагают прямое применение правил о договорах, элементы которых входят в смешанный договор. И хотя стороны смешанного договора могут корректировать такие правила, как отмечалось ранее, они по общему правилу не могут изменить положения соответствующих применимых к смешанному договору императивных норм. Сопоставляя степень допустимой свободы при заключении непоименованных и смешанных договоров, можно прийти к выводу, что свобода усмотрения сторон смешанного договора в определении его договорных условий более ограничена, нежели в случае с непоименованным договором. И как верно отмечается в литературе, смешанный договор сам по себе занимает среднее место между поименованным и непоименованным договором.

²⁸⁰ Брагинский М. И. Непоименованные (безымянные) и смешанные договоры // Хозяйство и право. 2007. № 9. С. 48–49.

Данные договоры являются отличающимися категориями²⁸¹. Нельзя соотносить их как род и вид. Думается, что непоименованные и смешанные договоры являются разновидностью нетипичных договоров. Полагаем, что иное понимание соотношения данных категорий привело бы к размыванию границ между ними. Единственное исключение, когда категории «смешанный» и «непоименованный» соприкасаются между собой, – это, если в составе смешанного договора сочетаются элементы как поименованного, так и непоименованного договоров.

Если опираться на легальное определение смешанного договора, однозначно можно заключить, что смешанным должен признаваться договор, сочетающий элементы уже известных закону договоров. Справедливо возникает вопрос: будет ли считаться смешанным договор, содержащий элементы поименованного в нормативных актах договора и элементы непоименованного договора? Полагаем, что нет²⁸². Это умозаключение противоречило бы п. 3 ст. 421 ГК РФ, так как законодатель ориентирует нас на наличие в смешанном договоре только элементов, предусмотренных в законе или иных правовых актах, т. е. урегулированных или поименованных.

Стоит обратить внимание на то, что при квалификации договора в качестве смешанного или непоименованного в меньшей степени нужно обращать внимание на оригинальное название договора и в большей степени на его конститутивные признаки. Как в судебной практике, так и в научной литературе встречаются упоминания о смешанности или непоименованности таких договоров, как дистрибьюторский²⁸³, консигнация²⁸⁴, договор на проведение

²⁸¹ В литературе последних лет данная точка зрения становится превалирующей (См., например: Алиев Т.Т. Отграничение непоименованных договоров от смешанных договоров // Юрист. 2016. № 9. С. 22; Ерофеева Е.А. Проблемы отграничения непоименованных договоров от смешанных договоров // Устойчивое развитие науки и образования. 2017. № 2. С. 10-11.)

²⁸² Однако есть авторы, которые придерживаются иного мнения. (См., например: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Смешанный договор и вопросы ... С. 53-54.)

²⁸³ См., например: Дашян М. С. Дистрибьюторский договор в международном коммерческом обороте // Право и политика. 2004. № 10. С. 134-138; Борисова А. В. Дистрибьюторский договор // Журн. рос. права. 2005. № 3. С. 60. По нашему мнению, в том виде, в котором дистрибьюторский договор урегулирован в европейских правовых порядках, его стоит отнести к непоименованным для российского законодательства. Он имеет существенные отличия от закрепленных в ГК РФ договоров. Однако в силу «модности» и, видимо, относительной звучности названия данного договора в российской правоприменительной практике дистрибьюторскими называют иногда, по сути, иные договоры, закрепленные в ГК РФ. В частности, агентский договор, договор коммерческой концессии или

маркетинговых исследований²⁸⁵, договор на внедрение бизнес-решений²⁸⁶, инжиниринга и т. п. Как отмечалось ранее, при толковании договора по правилам ст. 431 ГК РФ нужно исходить из волеизъявления и правовой цели сторон.

В связи с указанным выше соотношением категорий смешанного и непоименованного договора вполне оправданной является предложенная Д. В. Огородовым и М. Ю. Челышевым классификация. В порядке убывания пробельности регулирования, уменьшения степени гибкости и нетипичности договора, по мнению авторов, можно выстроить следующий линейный ряд договорных конструкций:

1) непоименованный, полностью оригинальный договор. Это наиболее гибкая конструкция, но и с наибольшей пробельностью права. Здесь регулирование опирается на общие нормы гражданского права о договорах (обязательствах), обычаи делового оборота, аналогию закона и аналогию права;

2) смешанный договор, состоящий из условий поименованных договоров, соединенных с условиями непоименованных договоров (частично непоименованный договор)²⁸⁷. Такой договор отличается значительной гибкостью конструкции. Регулирование основано на сочетании относительно беспробельного регулирования поименованных договоров с общими нормами о договорах (обязательствах), а также с обычаями делового оборота, аналогией закона и аналогией права;

договор поставки. В связи с этим практика разрешения споров, возникающих из дистрибьюторских договоров, остается спорной и по сей день.

²⁸⁴ Когда данный договор только появился в качестве внешнеэкономической сделки в РФ в начале 90-х годов, его квалификация была спорной. На сегодняшний день судебная практика по договору консигнации устоялась. Суды единообразно квалифицируют его как разновидность договора комиссии. См. подробнее: Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

²⁸⁵ См., например: Ситдикова Л. Б. Гражданско-правовая характеристика маркетингового договора: судебное регулирование споров // Арбитраж. и гражд. процесс. 2007. № 7. С. 6-8.

На наш взгляд, маркетинговый договор не является смешанным или непоименованным. Думается, он должен квалифицироваться как разновидность возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ), а именно информационных услуг.

²⁸⁶ См., например: Козлова С. Договор на внедрение бизнес-решений // Корпорат. юрист. 2006. № 9. С. 46-48. Считаем, что договор на внедрение бизнес-решений является договором о возмездном оказании услуг по созданию технической документации, установке программного обеспечения на оборудование, а также проведению обследования и тестирования.

²⁸⁷ См., например: Постановление ФАС Уральского округа от 26.04.2010 № Ф09-2729/10-С5 по делу № А60-38281/2009-С3 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система. Суд признал смешанным договор, содержащий в себе элементы возмездного оказания услуг и элементы договора, не предусмотренного гражданским законодательством.

3) смешанный договор, состоящий только из условий поименованных унитарных договоров. Здесь имеет место довольно гибкая конструкция. Регулирование таких договоров относительно беспробельное. Однако общая оригинальность договорной конструкции в целом вкладывает некоторую специфику по сравнению с обычными унитарными договорами. Кроме того, применительно к данным договорам в определенном объеме существует и судебно-арбитражная практика;

4) унитарный (поименованный в законе) договор. Это наиболее жесткая из всех перечисленных выше юридическая конструкция. Однако применительно к унитарным договорам присутствует как наименее пробельное правовое регулирование, так и наиболее устоявшаяся судебно-арбитражная практика²⁸⁸.

Большой интерес вызывает также высказанная в литературе точка зрения о возможности трансформации смешанных договоров в непоименованные. В частности, на этот аспект указывает Д. В. Мечетин. Автор на примере договора лизинга рассуждает, что до недавнего времени данный договор являлся непоименованным для российского права. При этом лизинговые отношения в зарубежном праве уже сложились, и договор лизинга входил в состав гражданского законодательства в большинстве развитых стран. При оценке же конструкции этого договора очевидно усматривается смешение элементов по крайней мере двух договоров – аренды и купли-продажи. Таким образом, по мнению Д. В. Мечетина, лизинг трансформировался из смешанного договора, став удачным симбиозом уже известных договорных типов²⁸⁹.

Если рассматривать развитие договорных отношений комплексно, без привязки к конкретному правопорядку, то можно сделать вывод о том, что конструкция смешанного договора первична. Этот вывод основан еще и на том, что, несмотря на кажущееся многообразие общественных отношений, договорное право, оформляющее процессы перехода благ между субъектами, по сути, может быть разложено на простейшие элементы, связанные с передачей имущества,

²⁸⁸ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве // Сделки: проблемы теории и практики : сб. ст. М., 2008. С. 349–350.

²⁸⁹ Мечетин Д. В. Непоименованный и смешанный договор: вопросы квалификации // Юрист. 2013. № 18. С. 4.

выполнением работ, оказанием услуг и т. п., а все дальнейшие модификации заключаются в самой правовой природе благ или специфике субъектов правоотношений. Следовательно, являясь по своей правовой природе родственными категориями, смешанные и непоименованные договоры требуют единого подхода к их толкованию²⁹⁰.

В продолжение дискуссии хотелось бы остановиться на вопросе о соотношении смешанных, нетипичных, непоименованных договоров с так называемыми зеркальными договорами. Речь идет о возмездных договорах с тождественным (зеркальным) встречным предоставлением. Например, когда в качестве оплаты по договору возмездного оказания информационных услуг предусмотрено встречное предоставление услуг связи. В научной литературе такие договоры еще называют меноподобными²⁹¹ или бартерными. Далее по тексту будем использовать термин «зеркальный» в силу того, что он наиболее наглядно отражает суть рассматриваемых договоров.

На данные договоры, в частности, обращает внимание Е. А. Батлер в своей диссертации. Он констатирует, что гражданское законодательство прямо не предусматривает возможности оплаты выполненных работ или оказанных услуг работами или услугами (в отличие от аренды, которая в соответствии со ст. 614 ГК РФ может быть оплачена в том числе путем «предоставления арендатором определенных услуг»). Квалифицировать такой договор встречного подряда или встречного оказания услуг как мену нельзя, так как в соответствии со ст. 567 ГК РФ по договору мены каждая из сторон может передать в собственность другой стороны один товар в обмен на другой²⁹². Только товары могут передаваться в собственность по договору мены. Такое положение вещей, по мнению автора, свидетельствует о непоименованности данных договоров.²⁹³

В то же время, по справедливому мнению большинства авторов, оснований для квалификации рассматриваемых договорных конструкций как

²⁹⁰ Там же. С. 5.

²⁹¹ Так как мена – это единственный зеркальный договор, прямо предусмотренный в ГК РФ (ст. 567 ГК РФ).

²⁹² См.: Батлер Е. А. Непоименованные договоры: некоторые вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2006. С. 80–81.

²⁹³ См.: Там же. С. 97.

непоименованных договоров не имеется, поскольку сочетаемые в них элементы предусмотрены и урегулированы действующим законодательством. Признание такого договора непоименованным вывело бы его из-под прямого регулирования норм, предусмотренных в законодательстве для его элементов. Если бы такой договор квалифицировался как непоименованный, пришлось бы констатировать правовую неурегулированность такого договора специальными нормами, в то время как такие нормы в законе существуют. Договоры встречного подряда и встречного оказания услуг прямо не предусмотрены законом, а также не соответствуют признакам легального определения смешанного договора (п. 3 ст. 421 ГК РФ)²⁹⁴.

Думается, что понятие «смешанные договоры» сформулированы законодателем в целях определения особенностей правового регулирования большой группы договорных конструкций, специфика которых заключается в их структуре, сочетающей элементы именно разных договорных типов (видов). Сочетание элементов одного договорного типа (вида) как на одной стороне, так и в случае встречного предоставления не создает смешанности договора. И, как следствие, не возникает сомнений в применимом правовом регулировании: в случае смешения договоров на одной стороне происходит лишь некоторое усложнение предмета договора, дополнение его правами и обязанностями, присущими второму, третьему и так далее элементам. В случае встречной направленности (работа на работу) договор приобретает обменный характер. К такому договору должны применяться правила о договоре, элементы которого в нем пересекаются, но не ко всему договору в целом, а к его элементам по отдельности²⁹⁵.

По мнению А. И. Савельева, такие зеркальные договоры стоит признать договорами особого обменного типа. В подтверждение своих выводов автор указывает, что некоторые такие договоры сейчас поименованы в законе. Например, в ГК РФ имеются специальные нормы о договоре мены, а ст. 614

²⁹⁴ Там же. С. 80–81.

²⁹⁵ Татарская Е. В. Правовая природа смешанных договоров // Рос. юстиция. 2010. № 4. С. 23.

ГК РФ признает договором аренды и такой договор, арендная плата по которому представляет собой встречное предоставление имущества в аренду²⁹⁶. Многие же другие подобные договоры оказываются «неприкаянными». Далее ученый говорит, что было бы правильным признать такие договоры особой категорией договоров обменного типа (договорами с зеркальными встречными предоставлениями) и применять к ним нормы о смешанном договоре по аналогии (автор не конкретизирует, о какой именно аналогии идет речь: права или закона)²⁹⁷.

Не согласимся с указанной позицией в связи с тем, что становится непонятным, какой критерий тогда будет использован для отнесения данных договоров к конкретному договорному типу, так как известно, что типизация договоров в гражданском праве традиционно осуществлялась и осуществляется по признаку направленности на определенный правовой результат (цель). В зеркальных же договорах уже будет сочетаться совокупность договоров одного типа (и даже вида в рамках типа). Следовательно, если утрировать мысль А. И. Савельева, то получается, что предлагается выделить тип, в котором будут соединяться договоры одного типа. Тип в типе? Выглядит сомнительно.

Очевидно, здесь нужно скорректировать терминологию. Правильнее было бы включить зеркальные договоры в общую классификацию гражданско-правовых договоров, а именно в классификацию договоров на возмездные и безвозмездные. В качестве критерия разграничения стоит обозначить специфику встречного предоставления. К сожалению, не совсем получается учесть классическую дихотомию при делении. Предлагаем конкретизировать в рамках классификации договоров на возмездные/безвозмездные возможные варианты

²⁹⁶ Считаем, что не стоит придавать одинаковую значимость содержанию гл. 31 «Мена» и упоминанию в п. 2 ст. 614 ГК РФ о возможности установления арендной платы в виде встречного предоставления имущества во временное пользование. Видится, что, если в целом оценивать п. 2 ст. 614 ГК РФ, то он во многом дублирует положения п. 3 ст. 421 ГК РФ о том, что стороны вправе комбинировать элементы разных договоров в смешанном договоре (например, когда заключается аренда с встречным предоставлением услуг либо вещей в собственность). Более того, п. 2 ст. 614 ГК РФ не устанавливает специальные правила правового регулирования отношений, возникающих из «зеркальной» аренды, в отличие от гл. 31 ГК РФ, где содержатся несколько статей, отражающих специфику правового регулирования договора мены. Отсутствие п. 2 ст. 614 в тексте ГК РФ вполне мог бы восполнить принцип свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Соответственно, можно сделать вывод об отсутствии специального регулирования «зеркальной» аренды.

²⁹⁷ Савельев А. И. Отдельные вопросы правового ... С. 24–25.

возмездных договоров. Необходимо разделить все возмездные договоры на три вида: зеркальные (меноподобные) договоры, т. е. договоры с тождественным встречным предоставлением (работа – работа); договоры с денежным встречным предоставлением (работа – деньги) и те смешанные договоры, по которым встречное предоставление выражено в каком-либо ином нетождественном (незеркальном) эквиваленте (работа – товар).

Можно сделать вывод, что зеркальные договоры следует признать еще одной разновидностью нетипичных договоров (кроме мены) наравне со смешанными и непоименованными договорами в силу отсутствия их прямого закрепления в законодательных актах. Что же касается особенностей правового регулирования зеркальных договоров, то правильным в данном случае будет являться распространение на них действия п. 3 ст. 421 ГК РФ в порядке аналогии закона.

Наряду со смешанными договорами в науке также выделялись и выделяются комплексные договоры, при этом отсутствует четкость в употребляемых в юридической литературе терминах, что нередко приводит к смешению понятий²⁹⁸. Так, М. И. Брагинский и Г. С. Шапкина договор на организацию материально-технического снабжения называли комплексным²⁹⁹. В свою очередь В. А. Ойгензихт именовал его новым смешанным договором³⁰⁰. Иногда же понятия смешанного и комплексного договора используются как синонимы. Например, О. Е. Щербинина договор об участии в торгово-промышленной выставке характеризовала то как комплексный, то как смешанный договор³⁰¹. Так же считает Е. А. Суханов, отождествляющий эти термины при рассмотрении понятия смешанного договора³⁰².

²⁹⁸ Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 66. В. А. Писчиков также называет комплексные договоры сложными (С. 73)

²⁹⁹ См.: Брагинский М. И., Шапкина Г. С. Хозяйственные договоры в сфере материально-технического снабжения и сбыта. М., 1976. С. 182.

³⁰⁰ Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения ... С. 5.

³⁰¹ Цит. по: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры ... С. 68. (Первоисточник: Щербинина О. Е. Правовое регулирование международных торгово-промышленных выставок : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1984. С. 6, 10.)

³⁰² См.: Гражданское право. В 2 т. Т. 2. Полут. 1: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2002. С. 154.

В тот же период ряд авторов признавали транспортно-экспедиционный договор комплексным, предметом которого являлась механическая совокупность различных по своей природе действий юридического и производственного характера, направленных на организацию перевозок грузов³⁰³.

Такой подход возник еще в литературе советского периода, где деление на смешанные и комплексные относилось в первую очередь к так называемым хозяйственным договорам. В это же время предпринимались попытки разграничить эти понятия. По мнению О. Н. Садикова, комплексные правовые явления (в том числе договоры) есть сочетание разноотраслевых элементов, а смешанные договоры содержат элементы разных договоров одноотраслевой принадлежности³⁰⁴. А. А. Собчак, соглашаясь с данным определением, указывал, что в отличие от смешанных комплексные договоры служат основанием возникновения двух и более обязательств, объединенных единой хозяйственной целью. Также он разграничивал смешанные и комплексные договоры по субъектному составу, а именно комплексные договоры применялись в отношениях между социалистическими организациями, а смешанные – с любыми субъектами³⁰⁵.

На сегодняшний день дискуссия о комплексных договорах продолжается. В частности, встречается мнение о том, что отпала сама необходимость использования понятия «комплексный договор» в силу того, что ко всем подобным явлениям нужно применять термин «смешанный»³⁰⁶.

Также в литературе была высказана мысль о том, что под комплексным договором следует понимать сложный, многокомпонентный договор, прямо предусмотренный в нормах гражданского права и урегулированный ими (поименованный договор)³⁰⁷. В качестве примера авторы приводят договор банковского счета (ст. 845 ГК РФ), который содержит в себе элементы договоров

³⁰³ Цит. по: Хаснутдинов А. И. Вспомогательные договоры на транспорте. Иркутск, 1994. С. 156.

³⁰⁴ См.: Садиков О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве // Сов. государство и право. 1972. № 2. С. 33–37.

³⁰⁵ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры ... С. 64.

³⁰⁶ См.: Писчиков В. А. Смешанные и нетипичные договоры ... С. 77.

³⁰⁷ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики // Законодательство и экономика. 2005. № 10. С. 12.

хранения, займа, возмездного оказания услуг. Данный договор сформирован не самими контрагентами и не в силу принципа свободы выбора вида заключаемого договора, обозначенного в п. 3 ст. 421 ГК РФ, а на основании законодательного усмотрения. В таком контексте авторы утверждают, что в отличие от комплексных договоров «смешанный договор имеет место только тогда, когда участники гражданских правоотношений сами, своей согласованной волей смешивают (конструируют) условия договора, используя при этом элементы нормативно-установленных договоров, включая комплексные»³⁰⁸.

С последними утверждениями нельзя согласиться, поскольку сам факт закрепления того или иного договора в законодательном акте свидетельствует об устойчивости сложившейся на практике договорной конструкции и констатирует прекращение существования такого договора как нетипичного. Такой договор становится уже типичным для законодательства, а соответственно, унитарным. Следовательно, не видим смысла с точки зрения науки и практики в данном разграничении урегулированных в законе договоров. Тем более что если дальше развить мысль о том, кто же был идейным вдохновителем создания той или иной договорной конструкции – законодатель или участники гражданских правоотношений, то закономерно возникает следующий вопрос: кто первым «сконструировал» смешанный договор – законодатель или субъекты правоотношений? Если взять в качестве примера сконструированного законодателем договора уже упомянутый выше договор банковского счета, то прежде, чем попасть в ГК РФ, этот договор заключался на практике в качестве смешанного. Соответственно, некорректно было бы говорить о том, что появление такого договора в системе гражданско-правовых договоров обусловлено инициативой законодателя. Скорее, первоначально этому способствовали сами участники гражданских правоотношений посредством выражения своей воли.

В учебнике по гражданскому праву В. А. Белова используются оба термина: например, договор фрахтования на время называется комплексным, а договор

³⁰⁸ См.: Там же. С. 13.

фрахтования (чартер) – смешанным³⁰⁹. Причем автор явно различает данные понятия, как и указанные договоры фрахтования, так как при рассмотрении вопроса о классификации договоров он выделяет: «чистые», смешанные и комплексные договоры, не раскрывая при этом значения данных понятий³¹⁰.

Д. И. Степанов, рассматривая договоры в сфере оказания услуг, указал, что смешанный договор следует отличать от комплексного договора: первый, сочетая в себе элементы разных договоров, служит основанием возникновения единого обязательства, а второй порождает два и более обязательств, объединенных единой хозяйственной целью³¹¹.

Оригинальное понимание комплексного договора в своей докторской диссертации предлагает Е.Б. Козлова. По ее мнению, к комплексным гражданско-правовым следует отнести договоры, урегулированные нормами комплексных правовых актов, то есть актов, которые не могут быть отнесены ни к одной отрасли законодательства³¹².

Л. Г. Ефимова сделала вывод о комплексном характере рамочного договора (речь идет о договорах в банковской сфере), что делает его специфическим и оригинальным. В подтверждение этого факта она утверждает, что, с одной стороны, можно обнаружить комбинацию «рамочный договор / договоры исполнения рамочного договора», с другой стороны, сам рамочный договор содержит элементы различных по правовой природе отношений, поскольку включает не только организационные условия, но и условия договоров-приложений. А именно в рамочный договор можно включать, кроме организационных элементов, элементы договоров займа, подряда, поставки, обеспечительных сделок и других подобных конструкций, которые должны быть заключены во исполнение рамочного договора³¹³. Думается, что такая позиция

³⁰⁹ См.: Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная часть : учебник. М., 2003. С. 225, 228.

³¹⁰ См.: Там же. С. 181.

³¹¹ Степанов Д. И. Услуги как объект гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2004. С. 228.

³¹² Козлова, Е. Б. Развитие системы договорных моделей, опосредующих создание объектов недвижимого имущества в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Козлова Елена Борисовна. - М., 2014. – С.13.

³¹³ Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 15.

весьма сомнительна. Автор, приводя обоснование комплексности рамочного договора, скорее обосновывает его смешанность.

Можно сделать вывод, что часто многие авторы пытаются вложить свое содержание в термин «комплексный договор», используя только его лексическое значение, не вникая при этом должным образом в его истинное историческое и цивилистическое значение.

Подводя черту под вышеуказанным спором, наиболее правильным видим понимание комплексного договора как содержащего в себе разноотраслевые элементы³¹⁴. Полагаем, что такие договоры являются основанием возникновения не только гражданских, но и иных правоотношений (трудовых, административных, процессуальных, семейных и т. д.), в отличие от смешанных договоров, порождающих исключительно гражданско-правовые отношения.

Нужно отметить, что существует точка зрения о том, что в подобном понимании договоры правильнее называть полиотраслевыми смешанными договорами, которые нужно отличать от моноотраслевых смешанных договоров. Данная классификация предложена Д. В. Огородовым и М. Ю. Чельшевым. Авторы объясняют ее следующим образом: 1) моноотраслевые смешанные договоры – те, условия которых имеют одноотраслевое происхождение, т. е. это смешанный гражданско-правовой договор; 2) полиотраслевые смешанные договоры – те, условия которых имеют происхождение из нескольких отраслей или даже разных подсистем права. Последние, в свою очередь, авторы подразделяли на: а) смешанные договоры, сочетающие в себе «частное с частным» (гражданско-правовые и трудовые элементы, гражданско-правовые и семейно-правовые элементы); б) смешанные договоры, сочетающие в себе «частное с публичным» (гражданско-правовые и процессуально-правовые элементы арбитражного или гражданского процесса)³¹⁵.

³¹⁴ Такой точки зрения, в частности, придерживается Т.Т. Алиев, в качестве примера комплексных договоров приводя трансферный договор спортсмена и договор суррогатного материнства (См., например, Алиев Т.Т. Отграничение непоименованных договоров от смешанных договоров // Юрист. 2016. № 9. С. 21).

³¹⁵ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2006. № 2. С. 54-56.

Также встречается мысль о том, что по указанному критерию разграничения нужно выделять отраслевые (моноотраслевые) и межотраслевые договоры³¹⁶. На наш взгляд, данная классификация представляет определенный интерес, но является излишней на фоне уже предложенных дореволюционными и советскими авторами. Терминологическое нагромождение не способствует глубокому изучению правовых явлений, а лишь вводит в заблуждение.

Далее проанализируем сущность комплексных договоров и соотнесем их со смешанными.

При рассмотрении природы того или иного договора через призму различных отраслей права в юридической литературе достаточно часто ведется дискуссия о принадлежности его к конкретной отрасли права (например, трудовой, административный договор, мировое соглашение, брачный договор³¹⁷, договор управления многоквартирным домом³¹⁸ и т. п.), либо же о его комплексной природе, чаще всего из-за наличия гражданско-правовых элементов в его составе. Можно проиллюстрировать это сначала на примере рассмотрения таких споров в рамках трудового права.

Под воздействием экономических изменений современный трудовой договор начинает обладать качествами, присущими всем договорам частного права³¹⁹. Следовательно, нередко возникает вопрос о возможности сочетания в рамках одного договора гражданско-правовых и трудовых условий. Попробуем разобраться, возможно ли заключение таких договоров с точки зрения теории права и законодательства; если да, то как квалифицировать возникшие из них правоотношения и нормы какой отрасли законодательства (трудового или гражданского) стоит применять при осуществлении правового регулирования. Можно ли относить такие договоры к смешанным?

Начнем с рассмотрения отраслевой принадлежности понятия «договор». Учение о договоре наиболее исследовано в гражданском праве. Причем

³¹⁶ См.: Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2008. С. 16.

³¹⁷ См., например: Бычков А. И. Смешанный брачный договор // Цивилист. 2011. № 3. С. 85–88.

³¹⁸ См., например: Гордеев Д. П. Договор управления многоквартирным домом: квалификация, понятие и содержание // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2, 3. С. 85–95.

³¹⁹ См. подробнее: Кашанина Т. В. Частное право : учебник. М., 2009. С. 380–395.

цивилисты, похоже, навеки «застолбили» за собой данную категорию. Но не нужно забывать, что на сегодня договор применяется практически во всех отраслях российского права. Причем представители каждой отдельной отрасли, как правило, настаивают на специфике своих договоров. Это касается и трудовых договоров.

В трудовом праве, в отличие от гражданского, не разработано общее определение договора. Все разновидности договоров в данной отрасли (трудовой, коллективный договоры и т. д.) представляют собой самостоятельные институты трудового права и формулируются по-разному³²⁰.

Несмотря на несомненные особенности, некоторые цивилисты указывают на то, что современный трудовой договор необходимо рассматривать как разновидность гражданско-правового договора³²¹. Кроме общеправовых признаков, трудовой договор имеет значительное сходство с рядом гражданско-правовых договоров по предмету, взаимным правам и обязанностям сторон, а также по другим элементам и условиям³²².

Представляется, что данные выводы продиктованы влиянием континентальной системы права, а именно правовой системы Германии. В немецком праве вопрос о разграничении трудового договора и договора об оказании услуг (выполнении работ) решен однозначно: трудовой договор является разновидностью договора об оказании услуг (§ 611–630 Германского гражданского уложения)³²³.

Думается, что правильнее будет придерживаться более устоявшейся точки зрения, что трудовой договор и гражданско-правовой имеют существенные отличия и не могут соотноситься как род и вид.

В современной правоприменительной практике нередко заключаются договоры, вызывающие споры при квалификации в связи с наличием в их составе как гражданско-правовых, так и трудовых элементов. К примеру, это касается

³²⁰ Кашанина Т. В. Частное право : учебник. М., 2009. С. 291.

³²¹ См., например: Белов В. А. Гражданское право : Общая и Особенная часть : учебник. М., 2003. С. 774.

³²² Свиридова Н. В., Гончаров А. И. Гражданско-правовой и трудовой договоры: вопросы правовой квалификации и переквалификации // Соц. и пенсион. право. 2008. № 3. С. 32.

³²³ Цит. по: Свиридова Н. В., Гончаров А. И. Указ. соч.

договоров о предоставлении персонала (аутсорсинга)³²⁴; договоров в сфере профессионального спорта³²⁵; трудовых договоров, содержащих условия о предоставлении жилого помещения, выплате работнику суммы на приобретение жилого помещения, распределении исключительных прав на служебные результаты интеллектуальной деятельности между автором-работником и работодателем³²⁶ и т. д.

В литературе нет единого мнения относительно того, следует ли объединять в одном договоре условия, вытекающие как из трудовых, так и из гражданских правоотношений, затрагивающих некоторым образом трудовую функцию работника, или же правильнее вести речь о двух различных юридических фактах. Соответственно, возникает дискуссия о квалификации такого рода договоров. Обобщим существующие подходы по данному вопросу.

Одни авторы высказываются о том, что включение в трудовой договор гражданско-правовых условий не приводит к признанию договора комплексным. Такой договор остается трудовым, и, как следствие, к нему должны применяться только нормы трудового права, обладающие большей степенью императивности, нежели нормы гражданского права.

Существует и противоположная точка зрения, согласно которой такие договоры признаются смешанными полиотраслевыми³²⁷. Авторы указанного подхода допускают возможность применения к возникшим из них правоотношениям п. 3 ст. 421 ГК РФ. Здесь мы не согласимся с тем, что применение словосочетания «смешанные полиотраслевые» при комбинации

³²⁴ См., например: Ещенко И. А. К вопросу о понятии договора аутсорсинга в теории и судебной практике // Рос. судья. 2008. № 3. С. 161-162.

Стоит заметить, что в ст. 45 Законопроекта «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам» договор о предоставлении персонала признается гражданско-правовым (Проект Федерального закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам» // Ваше право. 2006. № 12).

³²⁵ См., например: Шевченко О. А. О гражданско-правовых отношениях между спортсменом и физкультурно-спортивной организацией // Спорт: экономика, право, управление. 2010. № 1. С. 11 – 13.

³²⁶ См., например: Лушникова М. В. Результаты интеллектуальной деятельности работника – в трудовом и гражданском праве // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2009. № 5. С. 25.

³²⁷ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права : учебник. В 2 т. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. М., 2009. С. 375.

Авторы используют данный термин, ссылаясь на неоднократно упомянутых нами Д. В. Огородова и М. Ю. Чельшева (См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2006. № 2.)

гражданско-правового и трудового договоров является удачным. Мы считаем такие договоры комплексными. Если предположить, что комплексные договоры – это разновидность смешанных, то насколько возможно применение п. 3 ст. 421 ГК РФ?

Так, п. 3 ст. 421 ГК РФ гласит, что к соответствующим частям смешанного договора применяются правила о договорах, элементы которых содержатся в нем. Очевидно, законодатель имел в виду применение правил, установленных гражданским законодательством. Соответственно, необходимо проанализировать, насколько возможно применение к таким смешанным договорам в комплексе и трудового, и гражданского законодательства.

В разные периоды в правовой литературе высказывалась мысль о необходимости субсидиарного применения норм гражданского права к трудовым отношениям в тех случаях, когда в нормах трудового права имеется пробел³²⁸. Следует отметить, что идея смешанного правового регулирования определенных отношений появилась достаточно давно и так же давно подвергается обоснованной критике. Так, Л. С. Таль отмечал: «Нормы закона не поддаются количественному измерению или изменению, а правовые последствия возникают лишь при наличии точно установленных в законе фактов». Принцип соразмерности может, таким образом, привести «к такому свободному обращению судьи с законом, которого обосновать на действующем праве невозможно»³²⁹.

О. А. Шевченко полагает, что использование гражданско-трудовых договоров может привести к размыванию границ между отраслями права. В качестве решения проблемы возможно в случае необходимости заключать с работниками наряду с трудовым гражданско-правовое соглашение, что не только позволит сохранить за трудовым договором его функциональное назначение, но также снимет вопрос о гарантиях реализации договорных условий³³⁰.

³²⁸ См.: Гинцбург Л. Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 208. (Цит. по: Шевченко О. А. О гражданско-правовых отношениях между спортсменом и физкультурно-спортивной организацией // Спорт: экономика, право, управление. 2010. № 1. С. 11–13.)

³²⁹ См.: Таль Л. С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ярославль, 1913. С. 135.

³³⁰ Шевченко О. А. О гражданско-правовых отношениях ... С. 11–13.

Другие авторы высказывают справедливые сомнения относительно того, в каком порядке должны рассматриваться споры, связанные с невыполнением условий такого комплексного договора или как будет называться этот договор? Ведь только трудовой договор является основанием возникновения трудового правоотношения³³¹.

В пункте 1 Постановления Пленума ВС РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»³³² дается разъяснение в отношении споров по поводу неисполнения или ненадлежащего исполнения условий трудового договора, носящих гражданско-правовой характер (например, о предоставлении жилого помещения, о выплате работнику суммы на приобретение жилого помещения). Несмотря на то что эти условия включены в содержание трудового договора, по мнению суда, они по своему характеру являются гражданско-правовыми обязательствами. Из этой позиции ВС РФ вытекает некая презумпция незапрещенности включения в содержание трудового договора гражданско-правовых условий.

Если идти дальше, то допускается и возможность существования смешанных трудовых договоров, в содержание которых включаются гражданско-правовые обязательства. Таким образом, под общей «шапкой» трудового договора могут находиться условия, которые регулируются различными отраслевыми нормативными актами³³³.

Кроме того, по мнению М. В. Лушниковой, трудовые условия и иные договорные условия могут быть объединены в одном документе, который по сути включает несколько взаимосвязанных договоров. Этот документ не должен носить наименование «трудовой договор». Названная выше позиция Пленума ВС РФ не подтверждает и не обосновывает концепцию комплексных договоров, а лишь разъясняет вопрос о применимости трудового и гражданского

³³¹ См.: Нуртдинова А. Ф., Чиканова Л. А. Соотношение трудового договора и нового гражданского законодательства // Новый Гражданский кодекс России и отраслевое законодательство / Тр. Ин-та законодательства и сравнит. правоведения при Президенте РФ. М., 1995. № 59. С. 29.

³³² О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации : постановление Пленума ВС РФ от 17.03.2004 № 2 // Рос. газ. 2006. 31 дек.

³³³ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. Т. 2. С. 368–369.

законодательства к условиям обязательств различной отраслевой принадлежности³³⁴.

Исходя из изложенного, мы не отрицаем самой возможности существования комплексных договоров, содержащих в себе элементы гражданско-правовых и трудовых договоров, тем более когда такие договоры не урегулированы в соответствующем законодательстве. Но относить их к смешанным можно было бы только в том случае, если в соответствующем нормативном правовом акте, регулирующем возникшие правоотношения, или при толковании высшими судебными инстанциями содержалось бы разъяснение, позволяющее применение к гражданским правоотношениям норм трудового законодательства и наоборот.

Дискуссия существует и относительно правовой природы договоров в жилищной сфере. К примеру, договор управления многоквартирным домом некоторые авторы относят к числу смешанных, обосновывая это наличием гражданско-правовых и жилищно-правовых элементов, а также необходимостью применения норм не только жилищного, но и гражданского законодательства³³⁵. Соответственно, по нашему мнению, такой договор нужно признать комплексным. При этом необходимо учитывать, что ст. 8 Жилищного кодекса РФ³³⁶ (далее – ЖК РФ) установила приоритет норм ЖК РФ при применении к жилищным отношениям иного законодательства. Это касается и вытекающих из договора управления многоквартирным домом жилищных отношений, связанных с ремонтом, предоставлением коммунальных услуг, внесением платы за коммунальные услуги. В указанной норме устанавливается, что положения иного законодательства применяются к жилищным отношениям «с учетом требований, установленных настоящим кодексом».

В то же время, по мнению Д. П. Гордеева, в ЖК РФ отсутствуют специальные нормы, посвященные некоторым условиям договора управления о предоставлении коммунальных услуг (купли-продажи холодной и горячей воды,

³³⁴ Лушникова М. В. Результаты интеллектуальной деятельности работника – в трудовом и гражданском праве // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2009. № 5. С. 26.

³³⁵ См., например: Гордеев Д. П. Договор управления многоквартирным домом: квалификация, понятие и содержание // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2,3. С. 85–95.

³³⁶ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14.

тепловой и электрической энергии, газа и услуг водоотведения). Правовые нормы, регулирующие отношения из комплексного договора, существуют в ЖК РФ только частично. Их недостаточно. Исключение возможности применения указанных норм к регулированию элементов договора управления многоквартирным домом юридически не обоснованно. Поэтому, по мнению автора, применимые для регулирования таких отношений нормы права должны определяться на основе предписания п. 3 ст. 421 ГК РФ³³⁷. Видится, что отраслевое законодательство устанавливает приоритет ЖК РФ перед нормами ГК РФ, что делает невозможным комплексное регулирование. То есть такой договор нельзя признать смешанным в силу невозможности применения п. 3 ст. 421 ГК РФ.

Плюрализм мнений возникает и при решении вопросов об определении правовой природы иных комплексных договоров, содержащих в себе частноправовые и публично-правовые элементы, и их правового регулирования.

В указанном контексте представляет интерес правовая природа концессионных соглашений. Как определено в ч. 2 ст. 3 ФЗ «О концессионных соглашениях»³³⁸, концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. При этом установлено, что к отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, если иное не вытекает из ФЗ «О концессионных соглашениях» или существа концессионного соглашения.

При определении концессионного соглашения законодатель дублирует положения ч. 3 ст. 421 ГК РФ, тем самым относя его к разновидностям смешанного гражданско-правового договора. Думается, что под договорами, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, подразумеваются, прежде всего, такие гражданско-правовые договоры, как договор строительного

³³⁷ Гордеев Д. П. Договор управления многоквартирным домом ... С. 85–95.

³³⁸ О концессионных соглашениях : федер. закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3126.

подряда применительно к стадии создания и (или) реконструкции концессионером объекта концессионного соглашения и договор аренды (причем разные его виды: аренда транспортных средств, земли, зданий и сооружений) применительно к стадии осуществления концессионером деятельности с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения³³⁹.

В странах с делением права на публичное и частное концессионные отношения развиваются в русле публичного права, мирно сосуществуя с гражданско-правовыми договорами государства. Например, в Германии они являются публичными, а во Франции административными³⁴⁰. В России же, как мы видим из легального определения, такие договоры относятся к гражданско-правовым. Между тем есть причины усомниться в такой однозначности, так как концессионные соглашения имеют явно выраженные публично-правовые признаки.

Несомненно, главным отличием концессионного соглашения служит наличие особых оснований для возникновения концессионных правоотношений. Таким основанием не может служить гражданско-правовая сделка. Им является односторонний властный акт государства или иного органа публичной власти, и должны быть соблюдены определенные административные предпосылки. В концессионных соглашениях явно выражены общественно необходимые или полезные цели, публичный интерес. А как известно, гражданско-правовой договор по своей природе – частный договор, преследующий частный, «эгоистический» интерес³⁴¹.

Подобная дискуссия существует и относительно соглашений о разделе продукции³⁴². Существующие по этому поводу точки зрения можно условно подразделить на три группы. По мнению одних авторов, соглашение о разделе

³³⁹ См.: Леонтьев С. Е. Комментарий к Федеральному закону от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях». М., 2009. С. 21–23.

³⁴⁰ Сосна С. А. Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журн. рос. права. 2003. № 2. С. 18.

³⁴¹ См.: Сосна С. А. Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права. № 2. 2003. С. 22–29, а также: Рачков И., Сорокина А. Белые пятна в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» // Закон. 2007. № 4. С. 141–145.

³⁴² Понятие договора см.: О соглашениях о разделе продукции : федер. закон от 30.12.1995 № 225-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

продукции относится к гражданско-правовым договорам. Другие считают, что соглашение о разделе продукции является инвестиционным контрактом, построенным по типу административного договора с присущими ему особенностями: участием в договоре субъекта, обладающего властными полномочиями; регулированием отношений, основанных на административном подчинении (налоговые, экологические и т. п.). И, наконец, третья группа авторов полагает, что соглашение о разделе продукции имеет форму экономической концессии и является смешанным договором, так как оба договора предусматривают передачу государством прав пользования имуществом иностранному или российскому инвестору; передаваемое имущество находится в исключительной государственной собственности; правовое регулирование отношений в рамках пользования передаваемым имуществом одинаково для российских и иностранных инвесторов³⁴³.

Думается, что и соглашение о разделе продукции, и концессионное соглашение сочетают в себе частноправовые (гражданско-правовые) и публично-правовые элементы, являясь, таким образом, комплексными, а не смешанными договорами.

Дополнительным аргументом в пользу самой вероятности существования договоров с частно-публичными элементами является то, что в литературе встречается теория, предполагающая наличие некоего обязательства, объединяющего частноправовые и публично-правовые относительные правоотношения. Так, В. С. Елисеев обосновывает концепцию так называемых экономических обязательств³⁴⁴. По мнению ученого, существуют некие сложные обязательства, которые могут быть построены не только на основе сочетания договорных обязательств, но и путем сочетания договорного обязательства и обязательства государственной поддержки, договорного и фискального обязательств, а также фискального обязательства и обязательств государственной

³⁴³ Комментарий к Федеральному закону РФ от 30.12.1995 № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» / под ред. О. А. Ляпина, А. В. Колоколов, С. А. Кошечев, И. В. Свечникова // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁴⁴ Эта концепция имела место еще в юридической литературе советского периода, когда обсуждалась проблема так называемых хозяйственных обязательств. Некоторые ученые усматривали их межотраслевой характер (См. об этом подробнее: Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. М., 1970. 216 с.)

поддержки. Автор обосновывает это тем, что институт экономических обязательств – это обобщенная межотраслевая правовая категория³⁴⁵. Если придерживаться предложенной концепции, то комплексные договоры как раз и порождают экономические обязательства, тем более что в некоторых отраслях публичного права понятие «обязательство» упоминается в самом законодательстве (п. 3 ст. 161 Бюджетного кодекса РФ³⁴⁶; ст. 54, 68, 74 Налогового кодекса РФ³⁴⁷).

По заверению И. Ю. Синдеевой, в правоприменительной деятельности обычно к административным договорам применяются правовые нормы одновременно нескольких отраслей права. Объясняется это тем, что многие административные договоры имеют комплексный характер и смешанное, например, административно-правовое и гражданско-правовое, регулирование. По мнению автора, это вызвано отсутствием самих административно-правовых норм, существованием правовых пробелов и коллизий. Анализ правовой природы административного договора с учетом присущих ему специфических признаков позволяет сделать вывод о том, что в административном договоре сочетаются частные и публичные начала, которые взаимосвязаны между собой. Отсутствие частноправовых начал в административном договоре неизбежно приведет к тому, что такой правовой акт перестанет быть договором, а отсутствие публично-правовых начал позволит говорить о том, что такой договор заключен вне пределов правового поля.³⁴⁸

Хотя, безусловно, нужно отметить спорность указанной выше концепции, у которой существуют и противники. Они отмечают, что данная теория противоречит выработанным критериям деления права на отрасли, может

³⁴⁵ Елисеев В. С. Теория экономических обязательств: правовое обеспечение и защита имущественного интереса. М., 2009. С. 353.

³⁴⁶ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

³⁴⁷ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ // Собр. законодательства РФ. № 31. 1998. Ст. 3824.

³⁴⁸ Синдеева И. Ю. Соотношение частного и публичного в административном договоре // Административное и муниципальное право. 2009. № 5. С. 80.

привести к применению несвойственных методов правового регулирования к тем или иным правоотношениям³⁴⁹.

Таким образом, рассмотренные выше договоры (о разделе продукции и концессионные) не являются в чистом виде гражданско-правовыми и требуют иного правового регулирования в силу того, что, помимо гражданских правоотношений, они порождают еще и административные правоотношения. Данные выводы подтверждают непоследовательность законодателя при применении категории «смешанный договор» в различных нормативных актах.

Обусловливая специфику правового регулирования комплексных договоров, приведем мнение Р. О. Халфиной по поводу теории хозяйственных обязательств. Она писала: «Объединение норм различных отраслей права по признаку вида деятельности (экономической цели) ни в коей мере не означает «интеграции» этих норм, их «сплава» в целое. Иногда эти звучные слова таковыми и остаются, а нормы различных отраслей права применяются в соответствии со спецификой и характерными особенностями каждой отрасли. В этом случае страдает практика воздействия права не на отношения, а лишь на знания, представления о характере этих отношений»³⁵⁰.

Таким образом, с учетом изложенного приходим к выводу, что комплексные договоры могут быть смешанными в том случае, если в нормативных правовых актах, регулирующих возникшие общественные отношения, или при толковании высшими судебными инстанциями содержится разъяснение, дозволяющее применение к гражданским правоотношениям норм иной отрасли законодательства³⁵¹, и наоборот. Следовательно, в тех случаях, когда в соответствующих актах установлен запрет на такое регулирование, то договор будет являться комплексным, не смешанным. Несмотря на наличие в договоре разноотраслевых элементов, к нему будут применяться нормы той отрасли, которая имеет приоритет (например, в силу преобладания императивного регулирования над диспозитивным гражданско-правовым).

³⁴⁹ См., например: Гражданское право : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2008. Т. 3. С. 10.

³⁵⁰ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 270.

³⁵¹ См. подробнее о межотраслевых связях: Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права : цивилистическое исследование : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2008. 501 с.

§ 2. Смешанные договоры и иные гражданско-правовые конструкции

Смешанный договор в силу гибкости своей конструкции нередко сравнивают и даже отождествляют с иными гражданско-правовыми явлениями. Прежде всего, следует разграничивать смешанные договоры и те унитарные договоры, в которых предусмотрена обязанность одной из сторон исполнить какие-либо фактические и (или) юридические действия относительно предмета данного договора.

В своё время еще В. А. Ойгензихт указывал на то, что «отрицается признание договора смешанным, если в нем имеется лишь уточнение обязанности (например, хранение картофеля и переборка его хранителем, поскольку переборка уточняет обязанность по хранению)»³⁵². На это обращал внимание и И. Б. Новицкий: «Нельзя признать в качестве смешанного договор хранения картофеля с обязанностью хранителя производить за свой счет переборку картофеля: последняя обязанность есть лишь уточнение обязанности по хранению»³⁵³.

Например, передача имущества в аренду, безусловно, предполагает обеспечение его сохранности. Аренда без такого хранения существовать не может. Данное обязательство нельзя признать смешанным договором, так как подчиненность элемента договора хранения основному обязательству (аренде) и их неразрывная связь обусловили то, что хранение лишается «статуса» самостоятельного обязательства и, соответственно, самостоятельной правовой регламентации. Хранение должно найти требуемое юридическое отражение в рамках основного обязательства, а не как самостоятельный элемент договора³⁵⁴.

Важно заметить, что речь идет о тех договорных обязанностях, исполнение которых налагается именно на самих контрагентов. В связи с этим приведем разграничение смешанных договоров и договоров, содержащих условия об

³⁵² Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения ... С. 4.

³⁵³ Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 102–103.

³⁵⁴ См.: Романец Ю. В. Указ. соч. С. 445.

обязанности одной из сторон договора заключить иные договоры, которые касаются предмета данного договора. К примеру, в договоре аренды транспортного средства встречается обязанность одной из сторон застраховать его; в договоре поставки товара могут быть включены условия о его страховании, хранении, погрузке, транспортировке и т. д. Как верно отмечают Д. В. Огородов и М. Ю. Чельшев³⁵⁵, такого рода условия не делают указанные договоры смешанными, так как продавец не становится страховщиком, а покупатель не становится его контрагентом-страхователем. По мнению авторов, в таких случаях имеет место не смешанный договор, а лишь отсылка к иным самостоятельным договорам, которые обязана заключить одна из сторон наряду с основным обязательством.

В правоприменительной практике встречаются случаи, когда суды, принимая во внимание искивые требования сторон, в которых указывается на смешанный характер договора, ошибочно «идут на поводу» у сторон и неправильно квалифицируют договор как смешанный, а соответственно, и неверно применяют нормы права. К примеру, имеет место обычный договор подряда, а суды нескольких инстанций ошибочно квалифицируют его как смешанный, включающий в себя также элементы купли-продажи³⁵⁶.

Чем же все-таки нужно руководствоваться при отграничении договора в составе смешанного от одной из обязанностей по данному договору? В данном контексте представляется интересным проанализировать изложенные в Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11.04.1980³⁵⁷ (далее – Конвенция о купле-продаже) положения. В частности, ст. 3 Конвенции о купле-продаже посвящена общей применимости ее к смешанным

³⁵⁵ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве // Сделки: проблемы теории и практики : сб. ст. М., 2008. С. 354–355.

³⁵⁶ См., например: Постановление Президиума ФАС Уральского округа от 11.11.2008 № Ф09–8242/08-С5 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁵⁷ Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в Вене 11.04.1980) (вместе со «Статусом Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 года)» (по состоянию на 4 мая 2011 г.) // Вестн. ВАС РФ. 1994. № 1.

договорам³⁵⁸, где даются разъяснения, в каких случаях она распространяет свое действие, а в каких нет. Данная статья вызывает споры в зарубежной литературе³⁵⁹ и международной судебной практике.

В соответствии с ч. 1 ст. 3 Конвенции о купле-продаже контракт на поставку товаров, которые должны быть изготовлены в будущем, как правило, рассматривается как договор купли-продажи и, следовательно, попадает в сферу ее действия. Исключение составляют только случаи, если сторона, заказывающая товары, берет на себя обязательства поставить существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства таких товаров. Полагаем, что в контексте последнего предложения налицо смешанный договор, содержащий в себе элементы договоров поставки и подряда³⁶⁰.

Признак существенности части материалов не раскрывается в указанной статье. Но на основании анализа международной судебной практики можно сделать вывод, что два критерия должны быть приняты во внимание при определении признака существенности: стоимость материалов и их значение для обязательства в целом. Этот вывод сделан с помощью обобщения подходов к толкованию данной нормы в зависимости от того, какой текст Конвенции о купле-продаже используется при рассмотрении спора – на английском или на французском языке. В то время как английский термин *substantial* определяется исключительно исходя из денежной стоимости материалов³⁶¹, то французское выражение *essentielle* толкуется с помощью использования других факторов, например, таких как характер материалов и особый интерес сторон в них.

³⁵⁸ В интересах Конвенции о купле-продаже к смешанным договорам относятся договоры поставки товаров, содержащие в себе также элементы договоров подряда и возмездного оказания услуг. К примеру, в тех случаях, когда товар перед (или после) поставкой необходимо изготовить и т. д.

³⁵⁹ См., например: Ulrich G. Schroeter. Vienna Sales Convention: Applicability to «Mixed Contracts» and Interaction with the 1968 Brussels Convention // Reproduced with permission of 5 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 2001. P. 74–86. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html>.

В российской литературе нами не было найдено расширенного комментария к данной статье Конвенции о купле-продаже. Обычно отечественные авторы вообще не уделяют внимания анализируемой статье, предпочитая остановиться на других, более значимых, на их взгляд, положениях.

³⁶⁰ Отметим, что в интересах Конвенции о купле-продаже данный договор признается смешанным, а это, возможно, не совсем совпадает с подходом в отечественной правовой системе.

³⁶¹ Немецкая версия текста ст. 3 (1) Конвенции о купле-продаже использует термин *wesentlich*, что является просто переводом, хотя и утвержденным уполномоченными лицами германского правительства.

В этой связи еще один вопрос заслуживает рассмотрения, а именно тот факт, какие материалы принимаются во внимание при рассмотрении спора – необходимые для такого производства или какие-либо другие. Таким образом, формулировка ч. 1 ст. 3 Конвенции о купле-продаже толкуется в основном так, что материалы, необходимые продавцу для выполнения других вспомогательных обязательств (например, упаковка и транспортировка товаров), не имеют значения и не могут быть поводом для исключения применения к данным правоотношениям Конвенции о купле-продаже³⁶². В подобных спорах анализируется и само понятие материалов, и то, что может входить в это понятие. К примеру, нам встречалось дело, в котором анализировалась значимость в целом для договора поставки материалов, необходимых для осуществления приемочных работ на заводе («пробный запуск» завода). Имеют ли эти материалы вторичное значение как предназначенные для приемочных работ, или же имеют существенное значение как предназначенные для строительства завода в целом?

В пункте 2 ст. 3 Конвенции о купле-продаже говорится, что в смешанных договорах, где участник, помимо предоставления товаров по договору поставки, дополнительно оказывает какую-то услугу (работу), и, если последние (работы, услуги) составляют преобладающую часть обязательства, то Конвенция о купле-продаже не применяется. Причем прямо в Конвенции о купле-продаже не дается разъяснения о том, какие критерии нужно учитывать при оценке того, что стоит понимать под «преобладающей» частью обязательства. Отдаем себе отчет в том, что данная категория также справедливо относится к оценочным, и это дает простор для судейского усмотрения.

По сравнению с ч. 1 ст. 3 Конвенции о купле-продаже, в которой используется термин «существенная часть», формулировка ч. 2 ст. 3 («преобладающая часть») несколько строже. Для того чтобы Конвенция о купле-продаже не применялась, требуется наличие такой доли услуг (работ) в смешанном договоре, которая будет четко свыше 50 процентов от общего объема

³⁶² Такие примеры приведены в: Ulrich G. Schroeter. Vienna Sales Convention: Applicability to «Mixed Contracts» and Interaction with the 1968 Brussels Convention // Reproduced with permission of 5 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 2001. P. 74–86. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html>.

обязательств сторон по договору. Например, монтаж и ввод в эксплуатацию завода будет считаться несущественной услугой по сравнению с основным обязательством о покупке технически сложного и сравнительно дорогого завода, имеющим большее значение для контрагентов. Подобный подход является общим в международной практике³⁶³.

Анализ ст. 3 Конвенции о купле-продаже наталкивает на любопытные размышления о том, что подобный подход было бы полезным позаимствовать для более правильной квалификации элементов договоров в составе смешанного, в том числе и при отграничении договора в составе смешанного от одной из обязанностей по данному договору. Так как в настоящей работе затрагиваются общие вопросы о смешанных договорах (а не только в сфере договоров купли-продажи), а их в правоприменительной практике и воображении может быть великое множество, то считаем необходимым выработать более «универсальные» рекомендации по квалификации договоров в подобных спорах. Сформулируем их в более общем виде.

Симптоматично, что в российской судебной практике³⁶⁴ достаточно часто встречаются случаи, когда по договорам поставки оборудования предусматривается обязанность монтировать его на месте. В некоторых случаях такой монтаж может быть значительно дороже, чем стоимость поставленного оборудования или же равен по стоимости. Следовательно, тогда можно говорить о смешанности такого договора, содержащего в себе элементы договоров подряда и поставки. Когда же стоимость монтажных работ будет значительно меньше (20 %³⁶⁵) стоимости поставленного оборудования, то, по нашему мнению, будет

³⁶³ См., например: Handelsgericht Zürich, 26 April 1995, HG 920670, CLOUT No. 196; ICC Arbitration Case 7153 of 1992, CLOUT N 26; ICC Arbitration Case 7760 of 1994, 26 August 1994, CLOUT N 302. (Ссылки на конкретные судебные прецеденты приведены: Ulrich G. Schroeter. Vienna Sales Convention: Applicability to «Mixed Contracts» and Interaction with the 1968 Brussels Convention // Reproduced with permission of 5 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 2001. P. 74–86. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html>).

³⁶⁴ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 26.01.1999 № 6150/98; подобные дела: Постановление Президиума ВАС РФ от 29.10.2002 № 5001/02; Постановление Президиума ФАС Уральского округа от 11.11.2008 № Ф09-8242/08-С5 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁶⁵ Возможно, данная цифра не вполне универсальна для разных договоров. В данном случае судам необходимо учитывать специфику того или иного договора для установления процента значимости для договора в целом той или иной обязанности.

иметь место лишь обязанность по договору поставки, не требующая отдельного применения норм о подряде при возникновении судебного спора.

Соответственно, делаем вывод, что при отграничении договора в составе смешанного от одной из обязанностей по данному договору стоит провести оценку, насколько данная обязанность стороны по договору соотносится с договорным обязательством в целом по объему. А именно какова стоимость затрат на исполнение данной обязанности, насколько существенное значение имеет исполнение данной обязанности для обязательства в целом в процентном соотношении. Считаем, что эти критерии помогли бы судам более грамотно применять нормы права в случае возникновения споров.

Большой интерес представляет полемика о сопоставлении смешанного договора с договорами, урегулированными в части 1 ГК РФ. Прежде всего, это касается квалификации договоров, содержащих акцессорные обязательства.

Традиционным по данному вопросу является подход, который выражается в отрицании смешанности договоров с акцессорными обязательствами. Такая позиция отражена в ГК РФ, а также поддерживается многими авторами³⁶⁶. В основном аргументами авторов является отсутствие необходимости выявления преобладающих элементов при конкуренции норм, регулирующих основное и зависимое обязательство³⁶⁷.

Общие признаки способов обеспечения можно вывести из положений общей части ГК РФ. Так, в ст. 329 ГК РФ до изменений 2015 года подчеркивался акцессорный характер обеспечительных обязательств и определялся тем, что: недействительность основного обязательства по общему правилу влекла недействительность обеспечивающего его обязательства; недействительность соглашения об обеспечении основного обязательства не влекла недействительность последнего. Однако в судебной практике встречались дела, когда суды все же признавали не имеющим юридической силы основное

³⁶⁶ См., например: Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / С. С. Алексеев [и др.] ; под общ. ред. С. А. Степанова. М., 2010. С. 385; Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М., 2005. и т. д.

³⁶⁷ См., например: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве // Сделки: проблемы теории и практики : сб. ст. М., 2008. С. 352.

(обеспеченное) обязательство в случае, если обеспечительное обязательство являлось недействительным³⁶⁸.

Р.С. Бевзенко приводит пять признаков акцессорности (некоторые упомянуты в ст. 329 ГК РФ, остальные выводятся из норм, регулирующих отдельные способы обеспечения): акцессорность возникновения (обеспечение не может возникнуть без возникновения долга), акцессорность объема (обеспечение не может быть больше по объему, чем долг), акцессорность следования (кредитор по обеспеченному долгу одновременно является держателем обеспечения), акцессорность принудительной реализации (кредитор не может прибегнуть к обеспечению, если он не может прибегнуть к принудительному взысканию обеспеченного долга), акцессорность прекращения (обеспечение прекращается при прекращении основного долга). Анализируя применимость данных признаков к отдельным способам обеспечения, автор справедливо отмечает, что в действительности не бывает полностью акцессорного или полностью неакцессорного обеспечения. Законодатели или судебная практика то ослабляют, то усиливают количество и значение проявлений акцессорности обеспечительных сделок. В качестве примера автор приводит гарантию, которая традиционно именуется в судебной практике и литературе неакцессорным способом обеспечения обязательств. Так, из пяти признаков акцессорности в ней имеется только один – акцессорность следования; остальные четыре – отсутствуют³⁶⁹.

В доктрине широко распространено деление способов обеспечения исполнения обязательств на акцессорные и неакцессорные. Новая редакция ст. 329 ГК РФ теперь прямо указывает на возможность существования неакцессорных способов обеспечения. Так, п. 3 ст. 329 ГК РФ гласит, что при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству.

³⁶⁸ См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 29.11.2005 № А55-17814/2004-38 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁶⁹ Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 329 ГК РФ «Способы обеспечения исполнения обязательств» [Электронный ресурс]. – URL: https://zakon.ru/blog/2015/8/25/kommentarij_k_st_329_gk_rf_sposoby_obespecheniya_ispolneniya_obyazatelstv (дата обращения: 20.11.2017).

Тем самым в законодательство введена в качестве общего правила диспозитивная норма о том, что при недействительности основного договора обеспечение сохраняется и будет обеспечивать реституцию. Согласно п. 4 ст. 429 ГК РФ законом или договором могут предусматриваться и неакцессорные способы обеспечения исполнения обязательств.

В. А. Белов в свою очередь также обращает внимание на зависимость акцессорного договора от основного, несмотря на то, что он включает договоры о способах обеспечения обязательств в общую систему договоров наравне с договорами, закрепленными в части второй ГК РФ³⁷⁰. Однако в судебной практике встречались дела, когда суды все же признавали не имеющим юридической силы основное (обеспеченное) обязательство в случае, если обеспечительное обязательство являлось недействительным³⁷¹.

Некоторое время назад как в доктрине, так и в правоприменительной практике наблюдалась тенденция признания договоров с акцессорными обязательствами смешанными. Например, А. Н. Танага указывал, что многие договоры, содержащие условия об обеспечении обязательств, являются смешанными договорами, но в них у обеспечительного обязательства служебная роль, вытекающая из его акцессорного характера³⁷². А. И. Бычков, соглашаясь с этим, отмечает, что данный вывод подтверждают также специальные нормы о способах обеспечения исполнения обязательства. В частности, абз. 1 ст. 331 ГК РФ предусмотрено, что соглашение о неустойке должно быть оформлено письменно независимо от формы основного обязательства. Статья 339 ГК РФ посвящена форме и регистрации договора о залоге. Аналогично обстоит дело с поручительством, задатком³⁷³. По мнению автора, некоторые особенности в правовом регулировании акцессорных обязательств, позволяющие применять нормы к ним отдельно от основного обязательства, говорят о существовании «договора в договоре» и подтверждают возможность применения к ним п. 3

³⁷⁰ См.: Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная часть : учебник. М., 2003. С. 221, 248, 309–310.

³⁷¹ См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 29.11.2005 № А55-17814/2004-38 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁷² Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Краснодар, 2001. С. 97.

³⁷³ См.: Бычков А. И. Смешанный договор с акцессорным обязательством // Эж-Юрист. 2011. № 42. С. 9.

ст. 421 ГК РФ. Причем А. И. Бычков приходит к выводу, что если для акцессорного обязательства установлены особые условия для его вступления в силу (например, договор залога доли или части доли в уставном капитале ООО подлежит обязательному нотариальному удостоверению), то включение такого обязательства в основной договор означает необходимость соблюдения таких условий для признания всего договора заключенным³⁷⁴.

В судебной практике данный тезис активно поддерживался в период с 2009 по 2014 г. Так, смешанными были признаны: договор аренды, обеспеченный залогом имущества³⁷⁵; договор, содержащий элементы кредитного договора и договора залога³⁷⁶; предварительный договор о заключении в будущем договора аренды с условием о внесении арендатором обеспечительного депозита³⁷⁷; договор, содержащий элементы купли-продажи жилого помещения, возмездного договора займа и ипотеки жилого помещения³⁷⁸, и т. д.

Буквальное восприятие изложенной выше позиции судов и некоторых авторов, позволило бы в скором времени считать смешанными каждый договор, содержащий в себе условия об обеспечительном платеже или об удержании. Думается, такое положение дел противоречит сути смешанного договора. Квалификация подобных договоров в качестве смешанных лишь привела бы к большей разрозненности подходов в правоприменительной практике.

Для подтверждения данного тезиса обратимся к общим положениям о способах обеспечения исполнения обязательств. В. В. Кулаков в своей монографии отмечает, что нет никакого смысла в самостоятельном существовании так называемого обеспечительного обязательства в отрыве от основного. Это обеспечительное обязательство имеет общую функциональную

³⁷⁴ См.: Бычков А. И. Смешанный договор с акцессорным обязательством // Эж-Юрист. 2011. № 42. С. 9.

³⁷⁵ Постановление Арбитражного апелляционного суда г. Москвы от 23.07.2010 № 09 Ап-16203/2010-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁷⁶ Цит. по: Бычков А. И. Смешанный договор с акцессорным обязательством. С. 9.

³⁷⁷ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.06.2010 № А56-62815/2009 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁷⁸ Определение Ивановского областного суда от 01.10.2014 по делу № 33–2108 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

направленность с основным обязательством – достижение его цели (causa)³⁷⁹, т. е. самостоятельной цели (causa) обеспечительное обязательство не имеет. В то же время обязательства, возникающие из смешанных договоров, как правило, служат достижению нескольких отличающихся друг от друга целей (causa).

Поскольку в силу ст. 329 ГК РФ основное и обеспечительное обязательство имеют общую судьбу, то нет отдельных основного и обеспечительного обязательств, они на самом деле представляют собой одно единое обязательство. Это становится более очевидным исходя из анализа института обеспечения исполнения обязательств в системе с другими нормами обязательственного права³⁸⁰.

Как верно пишет В. В. Кулаков, установление обеспечения исполнения обязательств представляет собой один из вариантов осложнения обязательства, а не создание нового дополнительного обязательства. Такое обязательство можно назвать сложным, а точнее структурно сложным³⁸¹. Так, еще М. М. Агарков относил обеспечение исполнения обязательства к усложнению обязательства³⁸². На основании фактического состава, в данном случае заключения основного договора и обеспечительного договора, возникает одно структурно сложное обязательство. Если не будет заключен обеспечительный договор, просто не будет осложнения обязательства³⁸³.

Подобный подход использует Е. А. Акуленко. При рассмотрении поручительства в системе сложного обязательства, она указала следующее: «Обоснована необходимость изучения поручительства, исполнение которого возможно только в динамике обеспечиваемого обязательства, в рамках системы сложного обязательства с позиции теории систем (Л. фон Бергаланфи, А. И. Уемов), основополагающим постулатом которой является наличие взаимодействия между элементами целостной системы. На этой основе

³⁷⁹ Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 217.

³⁸⁰ Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры ... С. 218.

³⁸¹ Такое мнение поддерживают и иные авторы. См., например: Акуленко Е. А. Поручительство в системе сложного обязательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2011. С. 9.

³⁸² См.: Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 61.

³⁸³ Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры С. 218–219.

сформулировано определение обеспечиваемого поручительством обязательства как сложного обязательства (особой обязательственной совокупности), система которого состоит из взаимосвязанных и взаимозависимых правоотношений (правовых связей), возникающих между кредитором, должником и поручителем, права и обязанности между которыми перераспределяются в процессе достижения общей цели. Поручительство является элементом целостной системы сложного обязательства, поскольку поручительство находится в постоянном взаимодействии с обеспечиваемым обязательством и не имеет самостоятельной цели помимо достижения цели последнего. Причем соединение поручительства и обеспечиваемого обязательства в системе сложного обязательства возможно как путем заключения одного договора, так и посредством заключения нескольких гражданско-правовых сделок»³⁸⁴.

Таким образом, считаем, что включение в договор акцессорного обязательства не является основанием для признания его смешанным. Следовательно, к такому договору не могут применяться правила п. 3 ст. 421 ГК РФ. Такая же позиция отражена и в Определении ВС РФ от 16 декабря 2014 г., где указано, что кредитный договор и заключенный в целях его обеспечения договор ипотеки являются самостоятельными и различными договорами, а не одним смешанным договором³⁸⁵.

Очевидно, что данный вывод распространяется и на случаи включения в договор способов обеспечения обязательств, не поименованных в ГК РФ, таких как: товарная неустойка; обеспечительная продажа; государственная или муниципальная гарантия и т. д.³⁸⁶ Однако в силу пробельности их регулирования сложность и неоднозначность рассмотрения споров по таким делам очевидны.

Существует мнение, что, если речь идет о сочетании условий однопорядковых по своему акцессорному характеру договоров – договоров об обеспечении исполнения обязательства (например, неустоечное соглашение с

³⁸⁴ Акуленко Е. А. Поручительство в системе сложного обязательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2011. С. 14.

³⁸⁵ Определение Верховного Суда РФ от 16.12.2014 № 19-КГ14-18 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁸⁶ См. подробнее о непоименованных способах обеспечения исполнения обязательств: Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / под общ. ред. В. А. Белова. М., 2011. С. 687–688.

условиями о залоге), то это сочетание можно признать смешанным договором³⁸⁷. По указанным выше причинам (т. е. в силу отсутствия самостоятельной цели – направленности на определенный правовой результат – акцессорного обязательства) не можем согласиться с такой точкой зрения и не признаем такие договоры смешанными. Однако полагаем, что смешение различных акцессорных обязательств в договоре создает потенциальную «опасность» возникновения коллизий между регулируемыми их нормами. Возникает идентичная проблема, как в смешанных договорах. Таким образом, считаем целесообразным использовать в данном случае аналогию закона (ст. 6 ГК РФ) и к смешанным акцессорным обязательствам применять в случае возникновения спора п. 3 ст. 421 ГК РФ по аналогии закона.

Далее соотнесем со смешанными договорами предварительные и рамочные договоры.

Даже в экономической литературе, предназначенной для бухгалтеров, встречается упоминание об отнесении предварительного договора аренды к смешанному в целях установления режима соответствующего налогообложения. Как указывает Н. Г. Ковальцева, на практике ретейлеры заключают с будущим арендодателем смешанный договор, который содержит признаки как предварительного договора, так и договора оказания услуг.

Зачастую крупные ретейлеры еще на стадии строительства торговых комплексов и открытия торговых площадей стараются грамотно оформить отношения с будущими арендодателями с целью получения гарантии на аренду торговых помещений под свои магазины. При этом у будущего арендодателя на данном этапе на руках не имеется всего пакета правоустанавливающих документов (например, свидетельства о праве собственности и т.д.). Кроме того, заключая договор с будущим арендодателем, они преследуют цель занять наиболее выгодные площади торгового центра под свои магазины.

³⁸⁷ См.: Огородов Д., Чельшев М. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 50.

По смешанному договору ретейлер может вносить плату за эксплуатационные услуги; коммунальные услуги; маркетинговые или рекламные услуги; пользование помещением; открытие торгового комплекса; право заключения договора аренды; ремонтно-строительные работы. Перечень всевозможных плат зависит от предполагаемых расходов будущего арендодателя, которые он желает покрыть за счет ретейлера. Таким образом, по мнению М. Г. Ковальцевой, такие предварительные договоры являются смешанными.³⁸⁸

Говоря о разделении договоров на основной и предварительный, следует напомнить, что предварительный договор должен предшествовать заключению различных договоров, в том числе договоров смешанных, так как его целью является заключение договора в будущем. Сам предварительный договор не может в силу этого относиться к смешанным договорам, поскольку его смысл состоит только в принятии сторонами обязанности заключить в будущем основной договор (ст. 429 ГК РФ)³⁸⁹. Тем более предварительный договор порождает организационное правоотношение, не направленное на перемещение материальных благ, в то время как основные договоры порождают имущественные отношения, которые возникают по поводу перемещения материальных благ. В связи с этим раньше в судебной практике преобладал подход, согласно которому исключалась возможность включать в предварительный договор, помимо организационных, условия о возможном перемещении материальных благ (в том числе не поддерживала практика обеспечение исполнения обязательства по заключению основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором, задатком)³⁹⁰.

В правоприменительной практике последних лет все больше встречаются примеры квалификации судами в качестве смешанных договоров, в которых в рамках единого документа соединены элементы основного договора и предварительного. Например, на сегодняшний день распространена практика

³⁸⁸ Ковальцева М. Г. Аренда: предварительный (смешанный) договор и оплата коммунальных услуг // Налоговый вестник. 2011. № 1. С. 66.

³⁸⁹ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2006. № 2. С. 55.

³⁹⁰ С 2015 г. такая возможность не только поддерживается правоприменительной практикой, но и прямо предусмотрена в п. 4 ст. 380 ГК РФ.

признания смешанными договоров, содержащих элементы договора аренды о передаче и использовании помещений на определенный срок и предварительного договора, обязывающего стороны заключить договор аренды в будущем. По одному из дел суд, ссылаясь на Постановление Президиума ВАС РФ от 14 июля 2009 г. № 402/09, пояснил, что в предпринимательских отношениях, в частности в сфере арендных отношений, сложилась практика заключения смешанных договоров, и то, что лицо ввиду невозможности или недобросовестности может и не исполнить свое обязательство по предварительному договору, дает контрагенту право в судебном порядке потребовать принудительного заключения договора (в данном случае договора краткосрочной аренды)³⁹¹. По другому делу, был признан смешанным договор, поскольку содержал не только условия предварительного договора аренды помещения, но и условия о возможности передачи этого помещения во владение и пользование арендатора до оформления правоустанавливающих документов арендодателя на объект недвижимого имущества и подписания основного договора³⁹².

Есть и другие примеры смешанных договоров с элементами предварительного договора. Например, суд апелляционной инстанции указал, что из толкования содержания и условий заключенного между сторонами договора следовало признать данную сделку смешанным договором: содержащим как элементы предварительного договора в части обязательства ответчика продать земельный участок площадью 22,5 га, находящийся на момент заключения спорного договора в его собственности, так и договора купли-продажи будущей вещи в отношении земельных участков, находящихся на момент заключения договора в аренде у ответчика³⁹³.

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 15.01.2013 № 9798/12 ВАС РФ признал смешанным договор, содержащий не только условия предварительного договора субаренды нежилых помещений, но и условия о передаче этих

³⁹¹ См., например: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 № Ф05-2883/15 по делу № А40-82311/2014 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁹² Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 07.02.2017 № Ф02-8135/2016 по делу № А19-12246/2015// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁹³ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30.08.2016 N Ф10-3049/2016 по делу № А23-2666/2015// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

помещений во владение будущему субарендатору в специально оговоренных целях для выполнения отделочных работ и о внесении им платы³⁹⁴.

Очевидно, что в каждом конкретном случае стоит обращать внимание на то, действительно ли договор является смешанным или же это обычный унитарный договор, предусматривающий исполнение определенной обязанности в будущем, не обладающий наличием элементов другого договора.

Подобная дискуссия существует и относительно рамочных договоров. Рамочные договоры давно встречались в правоприменительной практике. Однако в ГК РФ свое легальное закрепление они получили только недавно в ст. 429.1³⁹⁵. Согласно данной статье под рамочным стоит понимать договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора.

Л. Г. Ефимова, рассматривая правовую конструкцию, состоящую из рамочного договора и договоров-приложений, приводит дискуссию о том, стоит ли ее рассматривать как единый договор, как совокупность самостоятельных договоров или как смешанный (комплексный)³⁹⁶ договор. В итоге автор склоняется к мнению, что данные договоры являются разными самостоятельными договорами, объединенными общей экономической целью³⁹⁷. Однако примечательно, что сам рамочный договор отдельно от приложений автор относит к комплексным³⁹⁸.

Договоры-приложения лишь конкретизируют условия рамочного договора, наполняя его содержание, что очень распространено, особенно в предпринимательской деятельности. К примеру, если заключается договор поставки, предусматривающий уточнение наименования и количества

³⁹⁴ Постановлении Президиума ВАС РФ от 15.01.2013 № 9798/12 по делу № А33-18187/2011 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

³⁹⁵ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

³⁹⁶ Л. Г. Ефимова отождествляет данные понятия.

³⁹⁷ Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 42–44.

³⁹⁸ Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 15.

поставляемых товаров в соответствующих спецификациях, то последние лишь конкретизируют условия рамочного договора, не создавая при этом нового договора. Такой подход теперь справедливо закреплен законодательно в ст. 429.1 ГК РФ.

Думается, что схожая дискуссия актуальна и при рассмотрении вопроса о правовой природе опционных договоров³⁹⁹, также сравнительно недавно введенных в ГК РФ в ст. 429.2. Опционный договор имеет свои специфические черты, но они настолько условны, что возможны на практике случаи его квалификации в качестве смешанного. К тому же, надо учитывать, что в тех случаях, когда опционный договор на момент заключения договора не был поименован в действовавшем гражданском законодательстве, при отсутствии законодательно закрепленного запрета на продажу права его следует относить либо к непоименованному договору, применив к правоотношениям сторон по аналогии правила о купле-продаже, либо к смешанному договору, содержащему элементы договора купли-продажи права. На это указано в Постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23.09.2015⁴⁰⁰.

В то же время законодатель, вводя в ГК РФ наравне с опционным договором такую правовую конструкцию как опцион на заключение договора, сразу же предусмотрел возможность его включения в другой договор. В п. 6 ст. 429.2 ГК РФ указано, что условие об опционе может содержаться в тексте другого договора, если иное не вытекает из его существа. И, несмотря на то, что опцион является не договором, а безотзывной офертой, полагаем, что эта норма создаст почву для дальнейшей квалификации таких договоров в качестве смешанных в ходе рассмотрения соответствующих судебных споров.

Обобщая вышеизложенное, приходим к выводу, что невозможно выработать единые универсальные критерии, по которым смешанный договор можно будет отграничивать от всех иных гражданско-правовых конструкций. Очевидно, что, сравнивая смешанный договор с чем-то еще, нужно искать

³⁹⁹ См. подробнее о данной дискуссии: Лубягина Д. В., Бычков А. И. Опционный договор // Имуществ. отношения в РФ. 2016. № 1. С. 70.

⁴⁰⁰ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23.09.2015 № Ф01-2658/2015 по делу № А31-7898/2014// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

индивидуальные критерии разграничения с учетом специфических черт сравниваемых явлений.

§ 3. Классификация смешанных договоров

Изучив конститутивные признаки смешанных договоров и особенности их правового регулирования, считаем целесообразным рассмотреть классификации смешанных договоров по различным критериям. Это позволит наглядно проиллюстрировать всю «палитру» смешанных договоров.

Вопросу о видах смешанных договоров в литературе уделено не так много внимания. Поражает разнообразием классификаций смешанных правовых договоров диссертация И.В. Акифьевой, в которой предложено выделить четыре большие классификационные группы смешанных правовых договоров, в рамках выделения которых лежат: общие основания; природа смешиваемых элементов; процесс формирования договоров по порядку смешивания их элементов; взаимодействие смешиваемых в договоре элементов в ходе его реализации. В свою очередь каждая группа подразделена, по замыслу автора, на подвиды по дополнительным критериям⁴⁰¹. Обоснованность выделения такого оригинального многообразия смешанных, да еще и правовых, договоров вызывает серьезные сомнения и с теоретической и, тем более, с практической точки зрения.

Значительно примечательней в данном контексте является публикация публикация Д. В. Огородова, М. Ю. Чельшева в 2006 г.⁴⁰² В данной работе содержатся разнообразные классификации по разным классификационным критериям. В более поздних публикациях (2007–2008 гг.) авторы приводят более обоснованные критерии разделения смешанных договоров на группы⁴⁰³. Несомненно, нужно отметить заслугу авторов по данному вопросу исследуемой

⁴⁰¹ См.: Акифьева, И. В. Смешанные правовые договоры: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. – СПб., 2011. – С. 9-10.

⁴⁰² См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴⁰³ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 41–63. И особенно: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора ... С. 310–355.

темы, так как представленная ими классификация отличается содержательностью и полнотой охвата возможных комбинаций смешанных договоров, что имеет практическую и теоретическую значимость.

Следовательно, возьмем данные классификации за основу, обозначив спорные аспекты.

В первую очередь нужно начать с вопроса о применении к смешанным договорам традиционных классификаций, существующих в гражданском праве. Как известно, договоры делятся на: основные и предварительные; односторонне обязывающие и взаимные; возмездные и безвозмездные; свободные и обязательные; реальные и консенсуальные; договоры в пользу его участников и договоры в пользу третьих лиц; срочные и условные; алеаторные и коммутативные; фидуциарные и коммерческие; общегражданские и требующие наличия специальной правоспособности; имущественные и неимущественных, в том числе организационные.

В практике встречаются смешанные договоры, сочетающие в себе элементы договоров: поставки и комиссии⁴⁰⁴; поставки и оказания услуг для государственных и муниципальных нужд⁴⁰⁵; аренды (в том числе лизинга) и купли-продажи⁴⁰⁶; аренды транспортных средств и возмездного оказания услуг⁴⁰⁷; поставки и подряда⁴⁰⁸; хранения и купли-продажи⁴⁰⁹; транспортной экспедиции и возмездного оказания услуг⁴¹⁰; доверительного управления имуществом и аренды⁴¹¹ и т. д. Также и в практике, и в литературе обнаружилось вызывающие

⁴⁰⁴ См., например: Постановление ВАС РФ от 14.04.1998 г. № 6930/97 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴⁰⁵ См., например: Решение от 12 января 2018 г. по делу № А61-5113/2017 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴⁰⁶ См., например: Постановление ФАС Центрального округа от 12.10.2006 № А54-417/2006-С9 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система; Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 № 16848/11 // Там же.

⁴⁰⁷ См., например: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11.10.2006 № А79-8455/2005 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴⁰⁸ См., например: Постановление ФАС Московского округа от 23.10.2006 № А40-10062/06-135-108 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.10.2013 по делу № А43-4877/2012 // Там же.

⁴⁰⁹ См., например: Постановление ФАС Центрального округа от 26.09.2003 № А09-11616/02-5) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴¹⁰ См., например: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11.06.2013 № А56-36611/2012 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴¹¹ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 28.05.2013 № 17481/12 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

сомнения мысли о том, что смешанными можно признать предварительные договоры⁴¹². Признаются смешанными договоры аренды, предусматривающие право выкупа⁴¹³. Из новых договорных конструкций в доктрине к смешанным относят, в частности, нередко встречающиеся на практике: договор аренды виртуального офиса⁴¹⁴, договор синдицированного кредитования⁴¹⁵ и т.д.

В силу такого многообразия комбинаций смешанных договоров применение к ним классических классификаций гражданско-правовых договоров имеет условный характер. В частности, это касается и деления смешанных договоров по моменту, с которого данные договоры считаются заключенными, на реальные и консенсуальные. Рассмотрим подробнее применение к смешанным договорам данной классификации.

Вопрос об определении момента заключения договора имеет важное практическое значение, поскольку с данного момента договор является обязательным для сторон, порождает для них права и обязанности и, следовательно, становится регулятором их поведения. Установление момента заключения договора может иметь значение и при решении иных немаловажных вопросов, урегулируемых российским законодательством, например о действии лицензионных режимов, о налогообложении, банкротстве и др.⁴¹⁶ В связи с этим необходимо иметь точное представление о том, когда заключен договор, в том числе и смешанный договор с учетом его специфических черт.

Многие факторы могут влиять на установление момента заключения договора. Как правило, дата договора не может рассматриваться как момент вступления его в силу. Нередко для его установления требуется учитывать иные

⁴¹² См., например: Ковальцева М. Г. Аренда: предварительный (смешанный) договор и оплата коммунальных услуг // Налог. вестн. 2011. № 1. С. 66–75.

⁴¹³ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 18.05.2010 № 1729/10; Постановление ФАС Московского округа от 26.10.2010 № КГ-А40/12343-10 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система; Постановление Президиума ВАС РФ от 01.03.2005 № 12102/04 // Вестн. ВАС РФ. 2005. № 6.

⁴¹⁴ См., подробнее: Колонтаевская И.Ф. Гражданско-правовая конструкция договора аренды виртуального офиса // Интеграция наук. 2017. № 1 (5). С. 44-46.

⁴¹⁵ См., подробнее: Казачёнок О.П. Правовая природа и порядок заключения синдицированного кредитного соглашения // Бизнес. Образование. Право. Вестник Волгоградского института бизнеса. 2017. № 1 (38). С. 219-220.

⁴¹⁶ Шевченко Е. Е. Законодательство и судебно-арбитражная практика об определении момента заключения договора // Закон. 2007. № 4. С. 82.

обстоятельства.⁴¹⁷ Например, Постановлением ФАС Московского округа было отменено Постановление суда апелляционной инстанции, поскольку судом «ошибочно не было учтено», что договор займа является реальным договором, для которого не имеет значения конкретная дата его оформления⁴¹⁸.

Изучение вопроса о моменте заключения смешанного договора необходимо осуществлять с учетом специфики смешанного договора, проявляющейся в неограниченности вариантов комбинаций. В этой классификации следует допустить, во-первых, существование в целом консенсуальных смешанных договоров (например, купля-продажа и аренда). Во-вторых, это могут быть реальные смешанные договоры (заям и перевозка). В-третьих, не исключена и возможность заключения договора, который единой формой охватывает условия консенсуального и реального договоров. Например, сюда можно отнести договор, сочетающий элементы договора на оказание услуг и договора займа.⁴¹⁹

Исходя из такого изобилия сочетаний, нередко арбитражные суды при рассмотрении споров вынуждены разрешать вопрос о моменте и порядке заключения смешанных договоров. Так, ФАС Западно-Сибирского округа подтвердил решение суда первой инстанции, который счел, что рассматриваемый по делу договор с элементами возмездного оказания услуг и хранения является смешанным, относится к реальному договору, и установил, что имущество для целей хранения и иных действий хранителю от контрагента не поступало.⁴²⁰

По другому делу предметом оценки суда выступил договор, по условиям которого общество отпускает истцу в долг пять тонн сухого обезжиренного молока и производит предоплату за его поставку. Истец в свою очередь обязуется отпустить обществу сухое обезжиренное молоко. Как указал ФАС Поволжского округа, судом дана правильная оценка данного договора как смешанного, содержащего элементы договора займа и договора поставки. С учетом

⁴¹⁷ Там же.

⁴¹⁸ Постановление ФАС Московского округа от 21.02.2005 № КГ-А41/435-05 по делу № А41-К2-23370/03 Арбитражного суда Московской области // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

⁴¹⁹ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

⁴²⁰ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 06.04.2004 № Ф04/2512-357/А70-2004 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

недоказанности передачи предмета займа суд пришел к правильному выводу о незаключенности договора в части займа молока, поскольку согласно ст. 807 ГК РФ договор займа является реальным договором и считается заключенным с момента передачи заемщику денег либо иных вещей⁴²¹.

Для консенсуальных договоров необходимо согласование условий договора. Этот процесс усложняется наличием в договоре элементов нескольких договоров. Каждый тип (вид) договора в составе смешанного должен содержать все его существенные условия. Так, например, смешанный договор, который содержит элементы договора поставки и договора выполнения работ, должен содержать существенные условия обоих договоров для того, чтобы считаться заключенным. Следовательно, при решении вопроса о моменте заключения смешанного договора следует установить: момент достижения соглашения по всем существенным условиям договоров, элементы которых входят в смешанный договор (если смешанный договор содержит в себе элементы консенсуального договора); момент передачи имущества (если смешанный договор содержит в себе элементы реального договора); момент государственной регистрации договора (если смешанный договор содержит в себе элементы договора, для которого в законе установлено обязательное требование о его государственной регистрации).

Смешанный договор может быть как односторонне обязывающим (например, соединение условий ссуды и безвозмездного займа), так и взаимным. По признаку наличия встречного имущественного предоставления смешанные договоры можно разделить на возмездные и безвозмездные. Согласно п. 3 ст. 423 ГК РФ на смешанные договоры распространяется презумпция возмездности договоров. Примером безвозмездного смешанного договора может служить соглашение с элементами пожертвования (ст. 582 ГК РФ) и ссуды (ст. 689 ГК РФ). Однако безвозмездные смешанные договоры нужно отличать от договоров, в которых присутствуют два и более встречных неденежных имущественных обязательства.

⁴²¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 10.06.2004 № А12-2222/04-С32 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

Например, договор о передаче вещи в пользование против встречного обязательства о выполнении работ. Такой договор носит возмездный характер.

Анализируя приведенную классификацию через призму определения смешанных договоров по ст. 421 ГК РФ, можно сделать следующий вывод. Поскольку в рассматриваемых договорах сочетаются элементы различных договоров, то данная классификация применительно к исследуемым договорам носит несколько условный характер. Дело в том, что допустимо существование смешанных возмездно-безвозмездных (или наоборот) договоров. Например, даритель по единому договору дарит вещь и оказывает одаряемому возмездные услуги, получая платеж не за вещь, а за названные услуги. В данном случае в обязательстве по дарению, следующему из отмеченного договора, имеет место безвозмездность, а возмездность присутствует в другом обязательстве из этого же договора – по оказанию услуг. Также часто на практике встречаются смешанные возмездно-безвозмездные (или наоборот) договоры, содержащие в себе элементы безвозмездного пользования (ссуды) и аренды⁴²².

В данной ситуации для квалификации договора как смешанного возмездно-безвозмездного необходимо соблюдение известной «чистоты» безвозмездного обязательства. Другими словами, рассматриваемый характер смешанного договора отсутствует, когда услуги оказываются против предоставления вещи, т. е. если имеет место встречное предоставление в рамках обоих названных обязательств⁴²³.

Из этого можно сделать вывод, что применение устоявшейся классификации договоров не представляет сложностей для гражданско-правовых смешанных договоров, которые сочетают в себе элементы одинаковых договоров. Например, аренду и подряд (оба договора – возмездные, консенсуальные, взаимные). Д. В. Огородов и М. Ю. Чельшев предлагают называть их гомогенными (однородные по составу, свойствам, происхождению (противоположно – гетерогенный)).

⁴²² Решение Арбитражного суда Воронежской области от 31.12.2015 № 14-16006/2015. URL: <http://ras.arbitr.ru>.

⁴²³ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

В силу данного разграничения ученые предлагают к гетерогенным гражданско-правовым смешанным договорам применять привычную классификацию с определенными оговорками. К гетерогенным по структуре стоит отнести гражданско-правовые смешанные договоры, которые предполагают сочетание весьма разнородных договоров (реальный, односторонне обязывающий займ вместе с консенсуальной, двусторонне обязывающей арендой)⁴²⁴.

Приведенные классификации в основном дихотомичны, поэтому унитарный договор не может иметь оба взаимоисключающих признака, лежащих в основе классификации: договор консенсуальный (возмездный, односторонне обязывающий и др.) сам по себе не может одновременно быть реальным (безвозмездным, двусторонним и др.) и наоборот. Смешанный же договор в силу своей синтетической природы обладает чертами сразу нескольких договоров. В то же время такую синтетичность не следует абсолютизировать, поскольку, хотя смешанный договор и объединяет в единой форме условия нескольких договоров, полного слияния всех свойств договоров-компонентов не происходит.

Противоположные черты различных договоров-компонентов, входящих в гетерогенный смешанный договор, не порождают, как можно было бы думать, единый по своей природе возмездно-безвозмездный или консенсуально-реальный договор. Смешанный договор – это объединенная общей формой автономная система договоров (договорных условий), поэтому очевидно, что такой системе свойственны отдельные качества каждого из ее элементов. При общности своей формы договоры-компоненты все же остаются разными договорами. Особенно ярко это проявляется на стадии реализации разных договорных условий, т. е. в процессе заключения, исполнения и прекращения договора.

Общепринятая дихотомичная классификация относится к отдельным договорам-компонентам, но не к гетерогенному смешанному договору в целом. Это снимает кажущуюся противоречивость классификации смешанных договоров по общепринятым основаниям.

⁴²⁴ Там же.

Отмеченный фактор имеет прямое практическое значение, прежде всего в аспекте ограничений на конструирование смешанных договоров. Так, невозможно заключить договор, одновременно сочетающий условия продажи и дарения одной и той же вещи (невозможность одновременной квалификации отдельного договорного обязательства и как возмездного, и как безвозмездного).

К гражданско-правовым смешанным договорам применимы и иные классические договорные классификации, проводимые в доктрине. При этом среди смешанных договоров необходимо, в частности, выделять:

- свободные и обязательные к заключению договоры (в том числе публичные);

- взаимосогласованные договоры и договоры присоединения;

- договоры в пользу его участников и договоры в пользу третьих лиц.

Однако следует разделять собственно смешанные договоры и смежные с ними юридические явления (к примеру, как уже указывалось ранее, стоит отличать от обязательств с осложненной структурой);

- срочные договоры в различных вариантах;

- смешанные договоры, заключенные под отлагательными и отменительными условиями⁴²⁵.

Вторая группа классификаций применима только к смешанным договорам.

По типу и виду смешиваемых договоров среди смешанных договоров в их общепринятом понимании следует выделять:

- смешанный договор внутри одного договорного типа (тип – единый, виды – разные). В частности, не исключается сочетание отдельных видов договора купли-продажи. Так, это может быть продажа недвижимости (ст. 549 ГК РФ) и поставка (ст. 506 ГК РФ) – если по единому договору продана недвижимость (договор продажи недвижимости) и движимое имущество (скажем, оборудование для данного объекта недвижимости) в форме поставки.

⁴²⁵ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных ... С.56.

Также допустимо, например, сочетание условий договоров строительного подряда (ст. 740 ГК РФ) и подряда на выполнение проектных и изыскательских работ (ст. 758 ГК РФ) и пр.;

– смешанный договор, состоящий из разных договорных типов. В частности, практика допускает сочетание условий договоров купли-продажи и подряда, купли-продажи и возмездного оказания услуг. Представляется, что такое сочетание внутри смешанного договора различных договорных условий носит наиболее типичный характер.

Некоторые обязательства не способны к самостоятельному существованию и обычно объективируются только в рамках другого договора. Например, сюда относится условие о коммерческом кредите (п. 1 ст. 823 ГК РФ). Поэтому можно говорить, что появление в соглашении подобного положения автоматически делает договор, в котором оно помещено, смешанным⁴²⁶.

В иностранных правопорядках в связи с последним критерием выделяются несколько видов смешанных договоров. Например, в Германии и во Франции законодательство не содержит специальных положений о смешанных договорах, но в доктрине выделяется несколько их видов. Во-первых, смешанный договор, в котором основное обязательство, составляющее определенный поименованный договор, сопровождается дополнительными побочными обязанностями. К таким договорам относят, например, договор купли-продажи с обязательством возврата тары, договор купли-продажи с обязанностью по монтажу, договор найма комнаты с ее обслуживанием. В качестве отличительной черты этого вида смешанного договора можно указать наличие у него явно выраженного доминирующего элемента. Во-вторых, комбинированный договор, в котором у сторон имеется несколько равных основных обязательств, относящихся к различным поименованным договорам (например, купли-продажи и подряда). В-третьих, «спаренный» договор, в котором встречные предоставления сторон представляют собой обязательства, характерные для различных поименованных

⁴²⁶ См.: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных ... С.56.

договоров (например, продажа товара в обмен на услуги, выполнение работ в обмен на услуги и т. п.). В-четвертых, «сплавленный» договор, в котором обязательства, характерные для различных поименованных договоров, настолько тесно взаимосвязаны, что составляют неразрывное единство: договор смешанного дарения, договор на посещение театра, договор лечения в санатории и т. п.⁴²⁷

Также деление смешанных договоров можно произвести в зависимости от социально-экономической области их применения. С одной стороны, это потребительские смешанные договоры (с участием граждан-потребителей). Подобные договоры довольно широко распространены в гражданском обороте. Например, к ним относятся договоры купли-продажи с условиями о монтаже купленной техники и обучении покупателя, а также договоры с организациями общественного питания или развлекательными заведениями. На наш взгляд, договорное основание обслуживания в ресторанах, ночных клубах и иных подобных заведениях представляет собой смешанный договор. Такой договор может включать в себя элементы следующих договоров:

- аренды помещения в виде временного предоставления права пользоваться помещениями ресторана, ночного клуба (право находиться в помещении, укрываться от непогоды, получать эстетическое удовольствие от внутреннего убранства помещения, пользоваться соответствующей техникой и т. д.);
- купли-продажи продуктов питания и иных сопутствующих вещей;
- подряда – изготовления и передачи клиенту готового продукта;
- оказания услуг, если, например, имеется развлекательная шоу-программа.

Важным классификационным основанием смешанных договоров частного характера является их деление на смешанные договоры, осложненные иностранным элементом, и на договоры, которые такой спецификой не окрашены (без иностранного элемента)⁴²⁸. Данный вопрос находится за рамками настоящего исследования ввиду его обширности и необходимости в самостоятельной разработки.

⁴²⁷ Савельев А. И. Отдельные вопросы правового регулирования ... С. 12–13.

⁴²⁸ См. подробнее, в том числе и об иных классификациях: Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. К вопросу о видах смешанных договоров

В зависимости от времени возникновения и исполнения обязательств, возникающих из смешанных договоров, выделяют договоры:

– с последовательным возникновением и исполнением элементов. Думается, как правило, при регулировании вопросов исполнения, ответственности и расторжения таких смешанных договоров беспрепятственно применяется принцип комбинирования, т. е. общее правило п. 3 ст. 421 ГК РФ;

– с одновременным возникновением и исполнением обязательств. В данном случае существует больше шансов возникновения конфликта норм, регулирующих договоры в составе смешанного. То есть чаще к таким договорам применяется принцип поглощения как исключение из общего правила п. 3 ст. 421 ГК РФ⁴²⁹.

В дополнение к вышеуказанным классификациям и на основании положений, изложенных в предыдущих параграфах настоящей работы, считаем целесообразным предложить дополнительные классификации смешанных договоров.

В зависимости от способа правового регулирования смешанные договоры делятся на:

– смешанные договоры, регулируемые с помощью принципа комбинирования, т. е. такие договоры, к которым применяется общее правило действующей редакции п. 3 ст. 421 ГК РФ. В соответствующих частях применяются правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. В данном случае в большей степени учитываются особенности всех элементов, входящих в смешанный договор;

– смешанные договоры, регулируемые с помощью принципа поглощения, т. е. такие договоры, к которым неприменим принцип комбинирования в силу выявления противоречия между нормами, регулируемыми соответствующие элементы в составе смешанного договора, а следовательно, в силу невозможности

⁴²⁹ На данную классификацию обращено также внимание в публикации Д. В. Огородова и М. Ю. Чельшева без раскрытия специфических черт видов. (Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора ... С. 310–355.).

их одновременного применения. В данном случае необходимо определить в смешанном договоре преобладающий элемент и подчинить весь договор его правовому режиму. В подобной ситуации учитывается специфика только доминирующих элементов, но не второстепенных.

Думается, предложенная классификация позволит обеспечить более эффективное применение норм о смешанных договорах и в большей степени будет соответствовать интересам контрагентов.

В зависимости от источника правового регулирования нужно различать:

– смешанные договоры, содержащие в себе элементы договоров, урегулированных в Особенной части (2 и 4) ГК РФ. Такие смешанные договоры чаще всего встречаются на практике;

– смешанные договоры, включающие в себя элементы договоров из Общей части ГК РФ. Например, на практике встречаются договоры, содержащие в себе элементы соглашения об уступке права требования, переводе долга⁴³⁰ и т. п.;

– смешанные договоры, содержащие в себе элементы договоров, урегулированных специальными законами. К примеру, в практике встречаются договоры, содержащие в себе элементы инвестиционного договора⁴³¹ (т. е. частичное регулирование договора осуществляется Федеральным законом «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»⁴³²); элементы договора долевого участия в строительстве⁴³³ (частичное регулирование осуществляется ФЗ «Об участии в долевом строительстве...») и т. д.

⁴³⁰ См., например: Постановление ФАС Уральского округа от 13.11.1998 № Ф09-974/98-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

⁴³¹ См., например: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.06.2009 № Ф04-3400/2009(8403-А70-44) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

Спор возник в связи с расторжением смешанного договора, содержащего в себе элементы договора инвестиционной деятельности, договора строительного подряда на осуществление реконструкции объекта недвижимости и договора о совместной деятельности (простого товарищества). Впоследствии договор был признан незаключенным, поскольку в нем не были согласованы существенные условия договора строительного подряда (предмет и сроки выполнения работ) и договора инвестирования (предмет договора инвестирования, размеры вкладов).

⁴³² Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений : федер. закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

⁴³³ Постановление ФАС Уральского округа от 04.04.2006 № Ф09-2239/06-С3 по делу № А60-3750/04-С1 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

Спор возник в связи с признанием недействительным договора уступки прав по смешанному договору, содержащему элементы договора участия в долевом строительстве и элементы договора поставки.

Новый Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁴³⁴ (далее Закон № 44-ФЗ), как указывает Д.С. Захаренко, в большей степени нежели ранее действовавший закон регламентирует возможность заключения смешанных контрактов. Например, когда у заказчика имеется необходимость в выполнении строительно-монтажных работ с поставкой и установкой оборудования. Однако, по мнению автора, далеко не всегда заказчик имеет правовую возможность заключить такой смешанный контракт, поскольку может быть нарушен принцип обеспечения конкуренции контрактной системы (ст. 8 Закона № 44-ФЗ). Приведенный пример предмета контракта неоднозначно рассматривается в судебной практике и практике ФАС России.

Как справедливо замечает О.В. Шарипова, что, несмотря на присутствие отдельных административно-правовых элементов в государственных/ муниципальных контрактах, главенствующее значение при определении правовой природы контракта имеет наличие свойств гражданско-правового договора. Данная позиция закреплена и в российском законодательстве, в которой установлено доминирующее положение гражданско-правовых норм. Нормы других нормативных правовых актов могут применяться к отношениям, вытекающим из государственного или муниципального контракта и заключенного в соответствии с ним договора поставки товаров для государственных или муниципальных нужд, только в случае, если эти отношения не урегулированы ГК РФ⁴³⁵.

Некоторые авторы к числу смешанных договоров также справедливо относят такой новый вид государственного/ муниципального контракта, введенный Законом № 44-ФЗ, как контракт жизненного цикла. Под ним понимается контракт, предусматривающий закупку товара или работы, последующие обслуживание, ремонт и при необходимости эксплуатацию и (или)

⁴³⁴ О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд : федер. закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

⁴³⁵ Шарипова О.В. Правовая природа поставки товаров для государственных или муниципальных нужд // Национальная Ассоциация Ученых. 2016. № 4 (20). С. 23-24.

утилизацию поставленного товара или созданного в результате выполнения работы объекта (ч. 16 ст. 34 Закона № 44-ФЗ). ГК РФ прямо не содержит такого вида договора и не оперирует таким термином. Отнести данный контракт к числу смешанных договоров можно, поскольку контракт жизненного цикла по смыслу входящих в него составляющих может соединять в себе элементы разных договоров, предусмотренных ГК РФ. Например, таких, как договор поставки, подряда, договор на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ, возмездного оказания услуг и др.

Однако, есть и иное мнение относительно правовой природы данной договорной конструкции. Так, некоторые авторы полагают, что в сфере дорожного строительства «контракт жизненного цикла - это одна из форм концессионных соглашений, отличительной чертой которого является то, что он объединяет функции проектирования, строительства и эксплуатации в один увязанный договорными отношениями результат – транспортную доступность, при этом плательщиком за услугу выступает не конечный потребитель – пользователь инфраструктурного транспортного объекта, а государство⁴³⁶.

При обоих подходах к правой квалификации контракта жизненного цикла, очевидно, что помимо ГК РФ на отношения, возникающие из него, будет распространяться действие норм специального законодательства.

Стоит отметить, что в последней классификации необходимо помнить о применении нормативных правовых актов по юридической силе при возникновении соответствующих споров.

⁴³⁶ Захаренко Д.С. Виды контрактов по законодательству о закупках для государственных и муниципальных нужд // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2016. № 8-2. С. 76-78.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Итоги проведенного исследования

При рассмотрении смешанного договора использован системный подход исследования. Впервые выявлены функции смешанного договора с учетом специфики его регулятивного воздействия на возникающее в силу его заключения общественное отношение.

На основе имеющихся в литературе подходов дано определение категории «элементы смешанного договора». Элементы необходимо определять через квалифицирующие признаки договоров. К ним относятся: субъектный состав, предмет, правовая цель договора и признак возмездности/безвозмездности.

В результате смешения происходит растворение некоторых элементов договоров, входящих в его структуру. Такое растворение допустимо относительно таких элементов, как признак субъекта; возмездность/безвозмездность и определенные права и обязанности. Правовая цель договора и предмет договора не растворяются при смешении договоров. Соответственно, договор является смешанным тогда, когда в нем смешались несколько правовых целей в совокупности с предметами, являющимися элементами разных договоров. Это те элементы, которые необходимы и достаточны для выявления признаков того или иного договорного типа (вида), в том числе непоименованного, в составе смешанного.

Определено, что смешанным признается договор, содержащий в себе не только элементы разных договорных типов или видов, но и элементы иных договорных конструкции (рамочного, предварительного, опционного, абонентского договоров; соглашения о порядке ведения переговоров и т.д.), не входящих в общую систему договоров.

Проанализирована правовая природа обязательств, порождаемых заключением смешанного договора. Из смешанного договора как единого юридического факта возникает совокупность обязательственных правоотношений между одними и теми же субъектами с разными правовыми целями и, как

следствие, с разными содержаниями (т. е. элементы структуры обязательств соприкасаются между собой). Заключение смешанного договора порождает возникновение нескольких обязательств не в соответствии с количеством обязанностей по договору, а соразмерно количеству смешавшихся совокупностей элементов разных договоров. В то же время некоторые права и обязанности в смешанном договоре могут относиться к содержанию обоих (или более) обязательств, возникших из смешанного договора. В частности, если стороны прописали в договоре общие обязанности, распространяющиеся на все обязательства из смешанного договора.

Этот вывод распространяется и на ситуации, когда заключается договор, сочетающий в себе элементы договоров, порождающих обязательства с одинаковыми правовыми целями (направленностями) и имеющих разные предметы исполнения. Несмотря на одинаковость целей, такой договор порождает два обязательства с разными предметами исполнения. Данные положения необходимо учитывать при применении к смешанным договорам норм обязательственного права, в частности об ответственности, исполнении, прекращении обязательств и т. д.

Смешанный договор не порождает сложное обязательство в силу множественности целей-направленностей. Смешанный договор – это есть совокупность обязательств, имеющих разную направленность (цель).

Для выявления сущности договора в целях осуществления правового регулирования термин «кауза» понимается в узком смысле. Особенностью является тот факт, что определение сущности всего смешанного договора в целом, как правило, будет опосредовано выявлением двух, а иногда и более кауз. Поскольку смешанный договор включает в себя совокупность элементов разных договоров, то выявление каузы должно осуществляться по каждому из них в отдельности. Именно смешение нескольких кауз (их влияние друг на друга) образует специфику сущности смешанного договора.

Сущность смешанного договора – это совокупность кауз (признаков направленности отдельных элементов смешанного договора на определенный

правовой результат), выявленных посредством толкования договора судом с целью установления приоритета того или иного элемента смешанного договора для осуществления правового регулирования, в случае если иное не предусмотрено соглашением сторон. Если стороны установят в договоре, какие нормы приоритетны, то отыскание сущности смешанного договора становится уже нецелесообразным в связи с возможностью применения норм, указанных сторонами.

Если принцип поглощения неприменим из-за невозможности выявления доминирующей совокупности элементов в силу их равнозначности с другими, применению подлежат общие положения о гражданско-правовом договоре. То есть равнозначность элементов договоров в составе смешанного договора имеет взаимоисключающее значение.

Помимо существующих в литературе классификаций смешанных договоров, предложены две дополнительные.

В зависимости от способа правового регулирования смешанные договоры делятся на:

– смешанные договоры, регулируемые с помощью принципа комбинирования, т. е. такие договоры, к которым применяется общее правило действующей редакции ч. 3 ст. 421 ГК РФ. В данном случае в большей степени учитываются особенности всех элементов, входящих в смешанный договор;

– смешанные договоры, регулируемые с помощью принципа поглощения, т. е. такие договоры, к которым неприменим принцип комбинирования в силу выявления противоречия между нормами, регулируемыми соответствующие элементы в составе смешанного договора, а следовательно, в силу невозможности их одновременного применения. В данном случае необходимо определить в смешанном договоре преобладающий элемент и подчинить весь договор его правовому режиму. В подобной ситуации учитывается специфика только доминирующих элементов, но не второстепенных;

– смешанные договоры, к которым неприменим принцип поглощения и комбинирования, если равнозначность элементов договоров в составе смешанного

договора имеет взаимоисключающее значение (т. е. это договоры, которые не относятся к 1-му и 2-му виду). К таким договорам применяются общие положения о договоре.

В зависимости от способа исполнения обязательств из смешанных договоров:

– с последовательным исполнением элементов (принцип комбинирования) – применяется общее правило ч. 3 ст. 421 ГК РФ;

– с одновременным исполнением элементов (принцип поглощения) – исключение из общего правила ч. 3 ст. 421 ГК РФ.

Обоснована целесообразность введения в научный оборот термина «нетипичные договорные отношения» с учетом современной действительности. В связи с этим необходимо проведение новейших исследований относительно данной правовой категории. Нетипичным признается договор, прямо не закрепленный в гражданском законодательстве. Соответственно, к нетипичным договорам стоит отнести смешанные, непоименованные и зеркальные договоры.

Сделан вывод о необходимости включения зеркальных договоров в общую систему классификаций гражданско-правовых договоров по разным критериям. Предложено конкретизировать в рамках классификации договоров на возмездные/безвозмездные возможные варианты возмездных договоров. То есть разделить все возмездные договоры на три вида: зеркальные (меноподобные) договоры (работа – работа), договоры с денежным встречным предоставлением (работа – деньги) и те смешанные договоры, по которым встречное предоставление выражено в каком-либо ином незеркальном эквиваленте (работа – товар).

К зеркальным договорам следует применять ч. 3 ст. 421 ГК РФ в порядке аналогии закона.

Наиболее правильным является понимание комплексного договора как содержащего в себе разноотраслевые элементы. Такие договоры являются основанием возникновения не только гражданских, но и иных правоотношений (трудовых, административных, процессуальных, семейных и т. д.), в отличие от смешанных договоров, порождающих исключительно гражданско-правовые

отношения. Комплексные договоры могут быть смешанными в том случае, если в нормативных правовых актах, регулирующих возникшие правоотношения, или при толковании высшими судебными инстанциями содержится разъяснение, позволяющее применение к гражданским правоотношениям норм иной отрасли законодательства и наоборот. Следовательно, в тех случаях, когда в соответствующих актах установлен запрет на такое регулирование, то договор будет являться комплексным, не смешанным. То есть, несмотря на наличие в договоре разноотраслевых элементов, к нему будут применяться нормы той отрасли, которая имеет приоритет (например, в силу преобладания императивного регулирования над диспозитивным гражданско-правовым).

Наличие в договоре акцессорного обязательства не влечет признание его смешанным и не является основанием применения ч. 3 ст. 421 ГК РФ. Обеспечительное обязательство имеет общую функциональную направленность с основным обязательством – достижение его цели, т. е. самостоятельной цели обеспечительное обязательство не имеет. В то же время обязательства, возникающие из смешанных договоров, как правило, служат достижению нескольких отличающихся друг от друга целей. Установление обеспечения исполнения обязательств представляет собой один из вариантов осложнения обязательства, а не создание нового дополнительного обязательства. Этот вывод распространяется и на случаи включения в договор способов обеспечения обязательств, не поименованных в ГК РФ, таких как: товарная неустойка, обеспечительная продажа и т. д. Но если речь идет о сочетании условий однопорядковых по своему акцессорному характеру договоров, например договоров об обеспечении исполнения обязательства (неустоечное соглашение с условиями о залоге), то это сочетание можно признать смешанным договором.

Проведен сравнительный анализ смешанных договоров с такими категориями, как: предварительные, рамочные и опционные договоры. Сформулирован вывод, что невозможно выработать единые универсальные критерии, по которым смешанный договор можно будет отграничивать от всех иных гражданско-правовых конструкций. Очевидно, что, сравнивая смешанный

договор с чем-то еще, нужно искать индивидуальные критерии разграничения с учетом специфических черт сравниваемых явлений.

Рекомендации

Договоры, урегулированные в ГК РФ или иных специальных законах, перестают существовать как смешанные договоры и становятся унитарными несмешанными договорами, наделенными самостоятельным правовым регулированием, исключаящим, по общему правилу, применение ч. 3 ст. 421 ГК РФ. Однако с целью восполнения пробелов в правовом регулировании к некоторым несмешанным договорам, закрепленным в законе, но не наделенным в должной степени самостоятельным правовым регулированием (например, найма-продажи, контрактов жизненного цикла и т. д.), необходимо применять положения ч. 3 ст. 421 ГК РФ посредством закрепления в соответствующих статьях закона норм-фикций, приравнивающих обстоятельства, которые в действительности различны.

Предложено пересмотреть редакцию ч. 3 ст. 421 ГК РФ и сформулировать ее следующим образом: «Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы (предмет, стороны, возмездность/безвозмездность и правовая цель) различных договоров, хотя бы один из которых предусмотрен законом или иными правовыми актами».

При разрешении судебных споров о незаключенности, недействительности и расторжении смешанного договора необходимо учитывать, применяя принцип комбинирования, что незаключенность, недействительность и расторжение части смешанного договора допустима при условии сохранения у сторон такого договора интереса в исполнении оставшейся его части. При отсутствии такого интереса весь смешанный договор согласно принципу поглощения должен считаться незаключенным (недействительным/ расторгнутым).

При применении мер ответственности нужно руководствоваться общими условиями возникновения гражданско-правовой ответственности. Прежде всего, при рассмотрении споров об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение смешанных договоров необходимо установить, в рамках какого из

компонентов смешанного договора было совершено противоправное действие, повлекшее за собой неблагоприятные последствия.

Формулировка второго предложения ч. 3 ст. 421 ГК РФ является предпосылкой для использования конструкции смешанного договора в «обход закона» как способа злоупотребления правом. Во избежание злоупотреблений данную норму следует толковать ограничительно, соблюдая императивные нормы гражданского законодательства, регулирующие элементы договоров, входящих в состав смешанного договора.

Существо договора (каузу) можно выявить посредством применения ст. 431 ГК РФ, посвященной толкованию договора. Судам при рассмотрении споров со смешанными договорами следует использовать все способы толкования, опираясь при этом на теорию воли и на теорию волеизъявления в совокупности. Судьи должны установить действительные намерения сторон, поскольку в большей степени именно намерения сторон иллюстрируют существо любого договора.

Предложено внести следующие дополнения в ч. 3 ст. 421 ГК РФ: «В случае возникновения противоречий между нормами, регулирующими отдельные элементы смешанного договора, применению подлежат нормы, регулирующие преобладающие элементы смешанного договора».

В таких случаях суды должны определить в смешанном договоре преобладающий элемент и подчинить весь договор его правовому режиму. Думается, преобладание элементов нужно выделять с использованием также экономических факторов, в частности какой из элементов договора в составе смешанного имеет большее значение, в том числе и по стоимости, тот и будет являться доминирующим. Категория сущности имеет еще и экономическое содержание.

При отграничении договора в составе смешанного от одной из обязанностей по данному договору стоит провести оценку, насколько данная обязанность стороны по договору соотносится с договорным обязательством в целом по объему. А именно какова стоимость затрат на исполнение данной обязанности,

насколько существенное значение имеет исполнение данной обязанности для обязательства в целом в процентном соотношении.

Перспективы дальнейшей разработки темы

Проведенное исследование и сформулированные выводы могут способствовать разрешению возникающих на практике споров, а также совершенствованию законодательства. Тем не менее, в силу объемности рассмотренной темы и неограниченности возможных сочетаний смешения тех или иных договоров многие вопросы о смешанных договорах остаются за рамками данного исследования. В частности, не были затронуты такие объемные вопросы, как смешанные договоры, осложненные иностранным элементом; смешанные договоры с элементами договоров о передаче исключительных прав; мало внимания уделено договорам, содержащим разноотраслевые элементы (комплексным). Указанные аспекты учения о смешанных договорах могли бы составить основу для проведения отдельных самостоятельных исследований в силу своей специфики и малой доктринальной изученности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных ФЗ от 30.12.2008 № 6-ФЗ, от 30.12.2008 № 7-ФЗ) // Рос. газ. – 1993. – № 237.

2. Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в Вене 11.04.1980) (вместе со «Статусом Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11.04.1980)» (по состоянию на 04.05.2011) // Вестн. ВАС РФ. – 1994. – № 1.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.10.1994 № 51-ФЗ (в ред. ФЗ от 23.05.2018 № 120-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (в ред. ФЗ от 23.05.2018 № 116-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.

5. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (в ред. ФЗ от 19.02.2018 № 34-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – № 31. – 1998. – Ст. 3824.

6. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (в ред. ФЗ от 04.06.2018 № 142-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3823.

7. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (в ред. ФЗ от 05.02.2018 № 8-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2002. – № 1 (ч. 1). – Ст. 3.

8. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (в ред. ФЗ от 28.12.2017 № 421-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.

9. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (в ред. ФЗ от 03.04.2018 № 66-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.

10. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (в ред. ФЗ от 03.04.2018 № 59-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2005. – № 1 (часть 1). – Ст. 14.

11. О соглашениях о разделе продукции : федер. закон от 30.12.1995 № 225-ФЗ (в ред. ФЗ от 5.04.2016 № 104-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 1996. – № 1. – Ст. 18.

12. Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений : федер. закон 25.02.1999 № 39-ФЗ (в ред. ФЗ от 26.07.2017 № 205-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 1999. – № 9. – Ст. 1096.

13. Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ (в ред. ФЗ от 31.12.2017 № 506-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2005. – № 1. – Ст. 40.

14. О концессионных соглашениях : федер. закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ (в ред. ФЗ от 03.04.2018 № 63-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2005. – № 30 (ч. II). – Ст. 3126.

15. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) : федер. закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ (в ред. ФЗ от 23.07.2013 № 233-ФЗ) // Собр. законодательства РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4162.

16. О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд : федер. закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (в ред. ФЗ от 23.04.2018 № 108-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

17. Письмо УФНС РФ по г. Москве от 01.08.2007 № 20-12/073169 // Моск. налог. курьер. – 2007. – № 23. – С. 15. (утратил силу)

18. Гражданский кодекс РСФСР : утв. Верховным Советом РСФСР 11.06.1964 // Ведомости Верховного Совета РСФСР. – 1964. – № 24. – Ст. 407. (утратил силу)

19. Гражданский кодекс РСФСР : утв. ВЦИК РСФСР 31.10.1922 // Свод узаконений РСФСР. – 1922. – № 71. – Ст. 904. (утратил силу)

Нормативные правовые акты иностранных государств

20. Венская конвенция «О праве международных договоров» (Вена, 23 мая 1969 г.) (не ратифицирована) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система. Гражданский закон Латвийской Республики 1937 г. [Электронный ресурс]. – URL: http://www.pravo.lv/likumi/05_4_gz.html (дата обращения: 27.09.2016).

21. Гражданский кодекс Республики Армения от 17.06.1998 [Электронный ресурс]. – URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31420016#pos=32;-321 (дата обращения: 27.09.2016).

22. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 № 218-3 // Ведомости Нац. собрания Респ. Беларусь. – 1999. – № 7–9. – Ст. 101.

23. Гражданский кодекс Республики Казахстан. – Алматы : Баспа, 2001. – 400 с.

24. Гражданский кодекс Кыргызской Республики (часть первая) от 08.09.1996 № 15 [Электронный ресурс]. – URL: http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30212538 (дата обращения: 27.09.2016).

25. Гражданский кодекс Республики Литва от 18.07.2001 [Электронный ресурс]. – URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495> (дата обращения: 27.09.2016).

26. Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 29.08.1996 № 257-I. – Узбекистан, 2012. – 356 с.

27. Гражданский кодекс Украины. – Одесса : Юрид. лит., 2012. – 360 с.

28. Гражданский кодекс Чешской Республики от 03.02.2012 № 89 [Электронный ресурс]. – URL: <http://eu4ru.com/> (дата обращения: 27.09.2016).

Судебная практика

29. О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки : постановление Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

30. Постановление ФАС Уральского округа от 10.11.1997 № Ф09-965/97-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

31. Постановление ВАС РФ от 14.04.1998 № 6930/97 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

32. Постановление ФАС Уральского округа от 13.11.1998 № Ф09-974/98-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система. .

33. Постановление Президиума ВАС РФ от 26.01.1999 № 6150/98 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

34. Постановление ФАС Уральского округа от 14.10.1999 № Ф09-1339/99-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

35. Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» : информ. письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001. № 59 // Вестн. ВАС РФ. – 2001. – № 4.

36. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 01.11.2001 № Ф08-3615/2001 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

37. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.06.2002 Ф08-2314/2002 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

38. Постановление ФАС Московского округа от 18.10.2001 № КГ-А40/5855-01 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

39. Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены : информ. письмо Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 № 69 // Вестн. ВАС РФ. – 2003. – № 1.

40. Постановление Президиума ВАС РФ от 29.10.2002 № 5001/02 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

41. Постановление ФАС Центрального округа от 26.09.2003 № А09-11616/02-5) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

42. О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации : постановление Пленума ВС РФ от 17.03.2004 № 2 (в ред. от 28.09.2010 № 22) // Рос. газ. – 2006. – 31 дек.

43. Постановление ФАС Центрально округа от 02.04.2004 № А14-4676-03/141/4 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

44. Обзор законодательства и судебной практики ВС РФ за четвертый квартал 2003 года : утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 07.04.2004 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

45. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 06.05.2004 № Ф04/2512-357/А70-2004 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

46. Постановление ФАС Поволжского округа от 10.06.2004 № А12-2222/04-С32 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система. .

47. Постановление Президиума ВАС РФ от 01.03.2005 № 12102/04 // Вестн. ВАС РФ. – 2005. – № 6.

48. Постановление ФАС Уральского округа от 17.10.2005 № Ф09-3435/05-С6 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система. .

49. Постановление ФАС Поволжского округа от 29.11.2005 № А55-17814/2004-38 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

50. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.12.2005 № А43-6490/2005-4-144 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

51. Постановление ФАС Уральского округа от 04.04.2006 № Ф09-2239/06-С3 по делу № А60-3750/04-С1 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

52. Постановления ФАС ЗСО от 02.05.2006 № Ф04-1658/2006 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

53. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11.10.2006 № А79-8455/2005// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

54. Постановление ФАС Центрального округа от 12.10.2006 № А54-417/2006-С9 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

55. Постановление Президиума ФАС Московского округа от 23.10.2006 № КГ-А40/10178-06 по делу № А40-10062/06-135-108 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

56. Постановление ФАС Московского округа от 23.10.2006 № А40-10062/06-135-108// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

57. Постановления ФАС ЗСО от 31.10.2006 № Ф04-6357/2006 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

58. Определение ВАС РФ от 18.01.2007 № 16210/07 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

59. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 15.05.2007 № Ф08-2737/07 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

60. Постановление ФАС Поволжского округа от 03.06.2008 по делу № А55-888/08 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

61. Постановление Президиума ФАС Уральского округа от 11.11.2008 № Ф09-8242/08-С5 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

62. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.10.2008 № А19-2260/08-Ф02-5197/08 по делу № А19-2260/08 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

63. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.11.2008 по делу № А79-1479/2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

64. Рекомендации о вопросах заключенности и действительности гражданско-правовых договоров: утв. Протоколом от 16.12.2008 научно-консультативных советов при ФАС Западно-Сибирского округа и ФАС Уральского округа в целях обеспечения единообразия в толковании и применении арбитражными судами Западно-Сибирского и Уральского округов норм права [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.faszso.ru/attachments/article/62/9.pdf> (дата обращения: 21.10.2012).

65. Постановление ФАС Московского округа от 30.12.2008 № КГ-А40/10742-08 по делу № А40-3167/08-110-20 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

66. Постановление ФАС Московского округа от 04.05.2009 № КГ-А40/3576-09 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

67. Постановление ФАС Уральского округа от 18.06.2009 № Ф09-4000/09-С6 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

68. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.06.2009 № Ф04-3400/2009(8403-А70-44) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

69. Кассационное определение судебной коллегии гражданским делам Саратовского областного суда от 15.07.2009 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

70. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.08.2009 № Ф04-4599/2009 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

71. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.06.2009 № Ф04-3400/2009(8403-А70-44) по делу № А70-6516/5-2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

72. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.11.2009 № А11-10022/2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

73. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.01.2010 по делу № А56-41851/2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

74. Постановление ФАС Уральского округа от 26.04.2010 № Ф09-2729 / 10-С5 по делу № А60-38281/2009-С3 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

75. Постановление Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 18140/09 по делу № А56-59822/2008 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

76. Постановление Президиума ВАС РФ от 18.05.2010 № 1729/10 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

77. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.06.2010 № А56-62815/2009// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

78. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.07.2010 № 09 Ап-16203/2010-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

79. Постановление ФАС Московского округа от 26.10.2010 № КГ-А40/12343-10 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

80. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28.02.2011 по делу № А32-4620/2010 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

81. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.03.2012 по делу № А67-3407/2011 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

82. Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 № 16848/11 по делу № А07-2067/2010 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

83. Постановление Президиума ВАС РФ от 15.05.2013 № 9798/12 по делу № А33-18187/2011 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

84. Постановление Президиума ВАС РФ от 28.05.2013 № 17481/12 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

85. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11.06.2013 № А56-36611/2012 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

86. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.10.2013 по делу № А43-4877/2012 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

87. Постановление ФАС Уральского округа от 23.10.2013 № Ф09-10845/13 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

88. О свободе договора и ее пределах : постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

89. Определение Ивановского областного суда от 01.10.2014 по делу № 33-2108 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

90. Определение Верховного Суда РФ от 16.12.2014 № 19-КГ14-18 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

91. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 № Ф05-2883/15 по делу № А40-82311/2014 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

92. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 // Рос. газ. – 2015. – 30 июня.

93. Решение Арбитражного суда Воронежской области от 31.12.2015 № 14-16006/2015 [Электронный ресурс]. – URL: <http://ras.arbitr.ru/> (дата обращения: 15.08.2016).

94. Определение Верховного Суда РФ от 03.03.2016 № 309-эс15-13936 по делу № А71-10520/2014 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

95. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30.08.2016 N Ф10-3049/2016 по делу № А23-2666/2015// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

96. Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа от 03.10.2016 № Ф758143/2016 [Электронный ресурс]. – URL: <http://ras.arbitr.ru/> (дата обращения: 15.08.2016).

97. О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.vsrp.ru> (дата обращения: 25.11.2016).

98. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 07.02.2017 № Ф02-8135/2016 по делу № А19-12246/2015// КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

99. Решение от 12 января 2018 г. по делу № А61-5113/2017 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

Специальная литература

100. Абова, Т. Е. Альтернативные формы разрешения споров нужны для удобства сторон, а не ради снижения нагрузки на судей / Т. Е. Абова // Арбитраж. практика. – 2011. – № 3. – С. 10–13.

101. Агарков, М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. – М. : Юриздат, 1940. – 102 с.

102. Агарков, М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Сов. гражд. право. – 1946. – № 3 (4). – С. 41–55.

103. Алексеев, С. С. Частное право : науч.-публицист. очерк / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 158 с.

104. Алексеев, С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2 / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1982. – 360 с.

105. Антонова Н.А., Шемшур Н.О. Непоименованные и смешанные договоры в гражданском праве / Н.А. Антонов, Н.О. Шемшур // Инновационная наука. - 2017. - Т. 2. - № 3. - С. 95-97.

106. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / С. С. Алексеев [и др.] ; под общ. ред. С. А. Степанова. – М. : Проспект ; Ин-т частного права, 2010. – 445 с.

107. Акимов, В. И. Смешанные договоры в гражданском праве / В. И. Акимов // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. – Томск, 1987. – С. 127–135.

108. Акифьева, И. В. Сущность смешанных правовых договоров / И. В. Акифьева // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. – Ярославль : ЯрГУ, 2009. – Вып. 9. – С. 117–122.

109. Акифьева, И. В. Сущность и классификация смешанных правовых договоров / И. В. Акифьева // Вестн. Ярослав. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Сер. Гуманит. науки. – 2011. – № 2. – С. 87–89.

110. Акифьева, И. В. Смешанные правовые договоры: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / И. В. Акифьева. – СПб., 2011. – 22 с.

111. Акуленко, Е. А. Поручительство в системе сложного обязательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. А. Акуленко. – М., 2011. – 22 с.

112. Александров, Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М. : Госюриздат, 1955. – 176 с.

113. Алиев, Т.Т. Отграничение непоименованных договоров от смешанных договоров / Т.Т. Алиев // Юрист. - 2016. - № 9. - С. 20 - 22.

114. Ахмедов, А. Я. Непоименованные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. Я. Ахмедов. – Саратов, 2014. – 199 с.

115. Баданина, О. В. Договор переработки нефти из давальческого сырья как вид предпринимательского договора : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Баданина. – Саратов, 2012. – 23 с.

116. Батлер, Е. А. Непоименованные договоры: некоторые вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Батлер Евгений Андреевич. – М., 2006. – 183 с.

117. Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 329 ГК РФ «Способы обеспечения исполнения обязательств» [Электронный ресурс]. – URL: https://zakon.ru/blog/2015/8/25/kommentarij_k_st_329_gk_rf_sposoby_obespecheniya_ispolneniya_obyazatelstv (дата обращения: 20.11.2017).

118. Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – 204 с.

119. Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная часть : учебник / В. А. Белов. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2003. – 960 с.

120. Белов, В. А. Договор управления многоквартирным домом, заключаемый с управляющей организацией или единоличным управляющим / В. А. Белов, С. А. Бушаенкова // Законодательство. – 2007. – № 1–2. – С. 14–15.

121. Белов, В. А. Факультативные обязательства / В. А. Белов // Вестн. гражд. права. – 2011. – Т. 11, № 3. – С. 4–60.

122. Белов, В. А. Гражданское право. Т. 2. Общая часть. Лица, блага, факты : учеб. для бакалавров / В. А. Белов. – М. : Юрайт, 2012. – 1093 с. – (Бакалавр. Углубленный курс).

123. Белов, В. А. Двадцать пятое Постановление Пленума: толкование или... законодательство? / В. А. Белов // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.

124. Богданов, Е. В. В чью пользу толковать сомнение? / Е. В. Богданов // Рос. юстиция. – 2001. – № 9. – С. 53.

125. Богдановская, Г. Н. Смешанный договор как системное правовое явление / Г. Н. Богдановская // Актуальные проблемы частноправового регулирования: материалы Всерос. VIII науч. форума. Самара, 24–25 апр. 2009 г. – Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2009. – С. 307–310.

126. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ИНФРА-М, 2000. – 706 с.

127. Борисова, А. В. Дистрибьюторский договор / А. В. Борисова // Журн. рос. права. – 2005. – № 3. – С. 56–64.

128. Бочарова, К. В. Смешанный договор как выражение принципа свободы договора (на примере инвестиционного договора) / К. В. Бочарова // Актуальные проблемы гражданского, предпринимательского права, гражданского и арбитражного процесса: межвуз. сб. науч. тр. – Самара: Самар. УН-т, 2005. – С. 150–162

129. Брагинский, М. И. Хозяйственные договоры в сфере материально-технического снабжения и сбыта / М. И. Брагинский, Г. С. Шапкина. – М.: Политиздат, 1976. – 154 с.

130. Брагинский, М. И. Договорное право. Общие положения. Кн. 1 / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Изд. 3-е, стер. – М.: Статут, 2001. – 526 с.

131. Брагинский, М. И. Непоименованные (безымянные) и смешанные договоры / М. И. Брагинский // Хозяйство и право. – 2007. – № 9. – С. 36–49.

132. Брагинский, М. И. Непоименованные (безымянные) и смешанные договоры / М. И. Брагинский // Хозяйство и право. – 2007. – № 10. – С. 68–79.

133. Брагинский, М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах / М. И. Брагинский. – М.: Статут, 2007. – 79 с.

134. Буркова, А. И. Смешанные договоры / А. Буркова // Судья. – 2009. – № 3–4. – С. 69–70.

135. Бычков, А. И. Договор найма-продажи и аренды с правом выкупа / А. И. Бычков // ЭЖ-Юрист. – 2011. – № 33. – С. 7.

136. Бычков, А. И. Случай, когда акционерное соглашение является смешанным договором / А. И. Бычков // Адвокат. практика. – 2011. – № 5. – С. 40–43.

137. Бычков, А. И. Признаки, понятие и существо смешанного договора / А. И. Бычков // Бизнес в законе. – 2011. – № 4. – С. 71–74.

138. Бычков, А. И. Изменение и расторжение смешанного договора / А. И. Бычков // Юрист. – 2011. – № 12. – С. 24–28.

139. Бычков, А. И. Ответственность за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение смешанного договора / А. И. Бычков // Юрист. – 2011. – № 14. – С. 3–8.

140. Бычков, А. И. Смешанный договор о создании искусственного земельного участка / А. И. Бычков // Юрист. – 2011. – № 18. – С. 3–9.

141. Бычков, А. И. Смешанный брачный договор / А. И. Бычков // Цивилист. – 2011. – № 3. – С. 85–88.

142. Бычков, А. И. Смешанный договор банковского счета с условием о его кредитовании (овердрафта) / А. И. Бычков // Банк. дело. – 2011. – № 7. – С. 80–82.

143. Бычков, А. И. Смешанный договор в римском частном праве / А. И. Бычков // История государства и права. – 2011. – № 23. – С. 8–11.

144. Бычков, А. И. Смешанный договор с акцессорным обязательством / А. И. Бычков // ЭЖ-Юрист. – 2011. – № 42. – С. 9.

145. Вагацума, С. Гражданское право Японии. В 2 кн. Кн. 2 / С. Вагацума, Т. Ариидзуми ; пер. с яп. В. В. Батуренко ; под ред. и со вступ. ст. Р. О. Халфиной. – М. : Прогресс, 1983. – 334 с.

146. Виниченко Ю.В. Гражданский оборот как система // [Электронный ресурс]. – URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/grazhdanskiy-oborot-kak-sistema> (дата обращения : 8.04.2018)

147. . Вилкова, Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. – М. : Статут , 2004. – 510 с.

148. Витрянский, В. В. Гражданский кодекс о договоре / В. В. Витрянский // Вестн. ВАС РФ. – 1995. – № 10. – С. 100–118.

149. Витрянский, В. В. Существенные условия договора / В. В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – № 7. – С. 3–12.

150. Володченко, Н. С. Цель гражданско-правовых договоров: элемент или основание дифференциации? / Н. С. Володченко // Актуальные вопросы гуманитарно-правовых и социально-экономических исследований : сб. науч. тр. – Кемерово : Кузбассвузиздат, 2005. – С. 32–38.

151. Гамбаров, Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров ; под ред. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – 816 с.

152. Годеме, Е. Общая теория обязательств / Е. Годеме ; пер. с фр. И. Б. Новицкого. – М. : Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. – 509 с.

153. Гонгало, Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики / Б. М. Гонгало. – М. : Феникс, 2005. – 390 с.

154. Гордеев, Д. П. Договор управления многоквартирным домом: квалификация, понятие и содержание / Д. П. Гордеев // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2009. – № 2, 3. – С. 85–95.

155. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – М. : ТК Велби, 1998. – 592 с.

156. Гражданское право. Ч. 2 : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : ТК Велби, 2003. – 848 с.

157. Гражданское право. Т. 1 : учебник / под ред. Е. А. Суханова. – 3-е изд. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 720 с.

158. Гражданское право : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – Т. 3. – 766 с.

159. Гражданское право. Т. 1 : учебник / под ред. А. П. Сергеева. – М. : Проспект, 2008. – 865 с.

160. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / С. С. Алексеев [и др.] ; под общ. ред. С. А. Степанова. – М. : Проспект ; Екатеринбург : Ин-т частного права, 2010. – 640 с.

161. Гражданское право: учебник. В 3 т. Т. 2 / И. А. Андреев, [и др.] ; под общ. ред. С. А. Степанова. – М. : Проспект; Екатеринбург : Ин-т частного права, 2011. – 712 с.

162. Груздев, В. В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Груздев Владислав Викторович ; Том. гос. ун-т. – Томск, 2008. – 23 с.

163. Дашян, М. С. Дистрибьюторский договор в международном коммерческом обороте / М. С. Дашян // Право и политика. – 2004. – № 10. – С. 134-142.

164. Демин, А.А. Договор и договорное регулирование в гражданском праве Российской Федерации : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03 / Демин Александр Александрович; Гос. Ун-т им. Н.И. Лобачевского. - Нижний Новгород, 2014. - 235 с.

165. Дигесты Юстиниана : пер. с лат. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2005. – Т. 6, полут. 2. – 530 с.

166. Дождев, Д. В. Римское частное право / Д. В. Дождев; под ред. В. С. Нерсесянца. – М. : Норма, Инфра-М, 1996. – 706 с.

167. Донских, Е. Г. Долевое участие в строительстве – аспекты законодательства и реалии жизни / Е. Г. Донских // Юрист. – 2008. – № 1. – С. 31-33.

168. Егоров, А. Обход закона: специальная норма, не более того // Ведомости. – 2011. – № 95 (2861). – С. 4

169. Ерофеева, Е.А. Проблемы отграничения непоименованных договоров от смешанных договоров / Е.А. Ерофеева // Устойчивое развитие науки и образования. - 2017. - № 2. - С. 7-11.

170. Ефимова, Л. Г. Рамочные (организационные) договоры / Л. Г. Ефимова. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 106 с.

171. Ещенко, И. А. Место договора аутсорсинга в дихотомической классификации «поименованные договоры – непоименованные договоры» / И. А. Ещенко // Пробелы в рос. законодательстве. – 2008. – № 2. – С. 161–163.

172. Ещенко, И. А. К вопросу о понятии договора аутсорсинга в теории и судебной практике / И. А. Ещенко // Рос. судья. – 2008. – № 3. – С. 13–16.

173. Забоев, К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забоев. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – 278 с.

174. Заключение Консультативного совета по Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров // Междунар. коммерч. арбитраж. – 2006. – № 3. – С. 39–49.

175. Захаренко, Д.С. Виды контрактов по законодательству о закупках для государственных и муниципальных нужд / Д.С. Захаренко // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. - 2016. - № 8-2. - С. 76-79.

176. Звенигородская, Н. Ф. Смешанные договоры в семейном праве / Н. Ф. Звенигородская // Нотариус. Юрист. – 2011. – № 4. – С. 42–43.

177. Зверева, Е. Элементы договоров, предусмотренных ГК РФ, в составе консалтингового, маркетингового, рекламного договоров / Е. Зверева // Право и экономика. – 2005. – № 2. – С. 10–13.

178. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве / Р. О. Халфина ; отв. ред. В. Н. Можейко. – М. : Изд-во АН СССР, 1954. – 239 с.

179. Илюшина, М. И. Применение смешанных и комплексных договоров в коммерческом обороте / М. И. Илюшина // Вестн. Рос. правов. акад. – 2006. – № 2. – С. 22–25.

180. Иоффе, О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении / О. С. Иоффе // Очерки по гражданскому праву : сб. ст. / отв. ред. О. С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1957. – С. 21–64.

181. Иоффе, О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – 878 с.

182. Исаев, И. А. Юридическая фикция как форма заполнения правовых пробелов / И. А. Исаев // История государства и права. – 2011. – № 22. – С. 2–4.

183. Искусство преодоления неопределенности [Электронный ресурс]. – URL: http://becmology.ru/services/axiom_uncert.htm (дата обращения : 10.11.2017).

184. Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Казанцев Михаил Федорович. – Екатеринбург, 2008. – 42 с.

185. Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : диссертация ... доктора юридических наук : 12.00.03 / Казанцев Михаил Федорович. – Екатеринбург, 2008. – 333 с.

186. Казачёнок, О.П. Правовая природа и порядок заключения синдицированного кредитного соглашения / О.П. Казачёнок // Бизнес. Образование. Право. Вестник Волгоградского института бизнеса. - 2017. - № 1 (38). - С. 218-221.

187. Карапетов, А. Г. Свобода договора и ее пределы : в 2 т. / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. – М. : Статут, 2012. – Т. 2 : Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – 453 с.

188. Кацья, Т. Злоупотребление субъективным правом / Т. Кацья // ЭЖ-Юрист. – 2011. – № 5. – С. 8–9.

189. Кашанин, А. В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности / А. В. Кашанин // Журн. рос. права. – 2001. – № 4. – С. 93–104.

190. Кашанин, А. В. Кауза сделки в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кашанин Андрей Васильевич. – М., 2002. – 211 с.

191. Кашанина, Т. В. Частное право : учебник / Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2009. – 496 с.

192. Керимов, Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права / Д. А. Керимов. – М. : Изд-во СГУ, 2009. – 521 с.

193. Кечекьян, С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С. Ф. Кечекьян. – М. : Изд-во АН СССР, 1958. – 187 с.

194. Клейн, Н. И. Принцип свободы договора и основания его ограничения в предпринимательской деятельности / Н. И. Клейн // Журн. рос. права. – 2008. – № 1. – С. 27–33.

195. Климов, П. В. Нестандартные виды договоров о труде в Великобритании. «Заемные работники» / П. В. Климов // Законодательство. – 2004. – № 1. – С. 51–57.

196. Ковальцева, М. Г. Аренда: предварительный (смешанный) договор и оплата коммунальных услуг / М. Г. Ковальцева // Налог. вестн. – 2011. – № 1. – С. 65–66.

197. Козлова, Е. Б. Развитие системы договорных моделей, опосредующих создание объектов недвижимого имущества в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Козлова Елена Борисовна. - М., 2014. - 42 с.

198. Козлова, Н. В. Договор возмездного оказания правовых услуг // Законодательство. – 2002. – № 4. – С. 46–52.

199. Козлова, Е.Б. Поиск модели договора долевого участия в строительстве и его учетная регистрация / Е.Б. Козлова // Хозяйство и право. – 2004. – № 2. – С. 78–83.

200. Козлова, С. Договор на внедрение бизнес-решений / С. Козлова // Корпорат. юрист. – 2006. – № 9. – С. 46–48.

201. Коломенская, Е. В. Функции договора в торговом обороте : автореф. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Коломенская Елена Владимировна. - Москва, 2006. – 172 с.

202. Колонтаевская, И.Ф. Гражданско-правовая конструкция договора аренды виртуального офиса / И.Ф. Колонтаевская// Интеграция наук. - 2017. - № 1 (5). - С. 44-46.

203. Комментарий к Федеральному закону от 30.12.1995 № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» / под ред. О. А. Ляпина, А. В. Колоколов, С. А. Кощеев, И. В. Свечникова // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

204. Корецкий, А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / А. Д. Корецкий ; отв. ред. П. П. Баранов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 211 с.

205. Корецкий, А. Д. Понятие и классификации элементов договора / А. Д. Корецкий // Законность. – 2005. – № 10. – С. 39–42.

206. Красавчиков, О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – 182 с.

207. Красавчиков, О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сборник научных трудов / О. А. Красавчиков. - Свердловск, УрГУ, 1980. - 143 с.

208. Кратенко, М. В. Договор найма услуг физического лица: Проблемы судебной практики и перспективы правового регулирования / М. В. Кратенко // Труд. право. – 2007. – № 5. – С. 3–18.

209. Кузнецова, О. А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Кузнецова Ольга Александровна. – Екатеринбург, 2007. – 430 с.

210. Кулаков, В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография / В. В. Кулаков. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : РАП ; Волтерс Клувер, 2010. – 256 с.

211. Курсова, О. А. Фикции в российском праве: автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Курсова Оксана Александровна. – Н. Новгород, 2001. – 30 с.

212. Ламм, Т. В. Многосторонние договоры в гражданском праве. Общие положения / Т. В. Ламм. – Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2002. – 112 с.

213. Левичев, С. В. Незаклученные договоры: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Левичев Сергей Вячеславович. – М., 2011. – 30 с.

214. Леонтьев, С. Е. Комментарий к Федеральному закону от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» / С. Е. Леонтьев. – М. : Деловой двор, 2009. – 328 с.

215. Лидовец, Р. А. Змішані договори в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Лидовец Руслан Анатолійович. – Львов, 2005. – 19 с.

216. Лисюкина Е. А. Пределы свободы договора в Гражданском кодексе Российской Федерации и Принципах международных коммерческих договоров // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 4 : сб. ст. / под ред. М. И. Брагинского. – М. : Норма, 2002. – С. 286–305.

217. Лотфуллин, Р. К. Юридические фикции в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Лотфуллин Радик Кашифович. – М., 2008. – 27 с.

218. Лушников, А. М. Курс трудового права : учебник. В 2 т. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. – М. : Статут, 2009. – 1151 с.

219. Лушникова, М. В. Результаты интеллектуальной деятельности работника – в трудовом и гражданском праве / М. В. Лушникова // Кадровик. Трудовое право для кадровика. – 2009. – № 5. – С. 21–30.

220. Лубягина, Д. В. Опционный договор / Д. В. Лубягина, А. И. Бычков // Имуществ. отношения в РФ. – 2016. – № 1. – С. 67–72.

221. Мажорина, М. В. Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам / М. В. Мажорина // Журн. рос. права. – 2012. – № 10. – С. 72-81.

222. Мейер, Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – М.: Статут, 2000. – 638 с.

223. Мейер, Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях / Д. И. Мейер. – Казань, 1854. – 127 с.

224. Мечетин, Д. В. Непоименованный и смешанный договор: вопросы квалификации // Юрист. – 2013. – № 18. – С. 3-5.

225. Минникес, И. А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Минникес Илья Анисимович. – Екатеринбург, 2009. – 54 с.

226. Морозова, Л. А. Теория государства и права : учебник / Л. А. Морозова. – Изд. 2-е, перераб., доп. – М. : Эксмо, 2007. – 448 с. – (Российское юридическое образование).

227. Муранов, А. И. О понятии «обход закона» в Проекте изменений в ГК РФ [Электронный ресурс] / А. И. Муранов. – URL: <http://www.obhodu-zakona.net> (дата обращения: 05.03.2012).

228. Муранов, А. И. Попытка внедрения в Гражданский кодекс РФ понятия «обход закона» и российская адвокатура / А. И. Муранов // Адвокат. – 2011. – № 4. – С. 5–9.

229. Мыльникова, И. Ю. Свобода договора как основной принцип современного торгового и частного права / И. Ю. Мыльникова // Учен. записки Ин-та государства и права. Вып. 7. – Тюмень : Изд-во Тюмен. гос. ун-та, 2004. – С. 148–158.

230. Нетбай, Е. М. Элементы договоров об отчуждении исключительного права в смешанных и комплексных договорах / Е. М. Нетбай // Интеллектуальная собственность: правовые, экономические и социальные проблемы : сб. науч. работ аспирантов РГИИС (доп. материалы). – М. : РГИИС, 2009. – С. 103–107.

231. Неттелбландт, Д. Д. Начальное основание всеобщей естественной юриспруденции приновреленное к употреблению основания положительной юриспруденции и переведенное с латинского языка / Д. Д. Неттелбландт. – М. : Изд-во Импер. Моск. ун-та, 1770. – С. 36.

232. Новицкий, И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М. : Госюриздат, 1950. – 416 с.

233. Новицкий, И. Б. Сделки. Исковая давность / И. Б. Новицкий. – М. : Госюриздат, 1954. – 247 с.

234. Нуртдинова, А. Ф. Соотношение трудового договора и нового гражданского законодательства / А. Ф. Нуртдинова, Л. А. Чиканова // Новый Гражданский кодекс России и отраслевое законодательство / Тр. Ин-та законодательства и сравнительного правоведения при Президенте РФ. – 1995. – № 59. – С. 6–31.

235. Обязательственно-правовой закон Эстонии от 26.09.2001 [Электронный ресурс]. – URL: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused> (дата обращения: 27.09.2016).

236. Овсейко, С. В. Договор найма-продажи / С. В. Овсейко // Юрист. – 2009. – № 6. – С. 28–33.

237. Огородов, Д. В. Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Законодательство и экономика. – 2005. – № 10. – С. 50–53.

238. Огородов, Д. В. Банки и бюро: некредитная история / Д. В. Огородов // ЭЖ-Юрист. – 2006. – № 5.

239. Огородов, Д. В. К вопросу о видах смешанных договоров в гражданском праве / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Законодательство и экономика. – 2006. – № 2. – С. 53–59.

240. Огородов, Д. В. Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Законодательство и экономика. – 2007. – № 3. – С. 49–55.

241. Огородов, Д. В. Смешанные договоры в части четвертой ГК РФ / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Интеллектуальная собственность. Пром. собственность. – 2007. – № 10. – С. 49–58.

242. Огородов, Д. В. Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Правоведение. – 2007. – № 6. – С. 41–63.

243. Огородов, Д. В. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев // Сделки: проблемы теории и практики : сб. ст. – М. : Статут, 2008. – С. 310–355.

244. Огородов, Д. В. О правовой квалификации отдельных договоров, сходных со смешанными договорами / Д. В. Огородов // Комментарий судебно-арбитражной практики / под ред. В. Ф. Яковлева. – М. : Юрид. лит., 2010. – Вып. 17. – С. 65–73.

245. Ожегов, С. И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова / Рос. акад. наук. Ин-т рус. языка им. В. В. Виноградова. – 4-е изд., доп. – М. : Азбуковник, 1999. – 944 с.

246. Ойгензихт, В. А. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений / В. А. Ойгензихт // Сов. государство и право. – 1978. – № 3. – С. 44–52.

247. Ойгензихт, В. А. Воля и волеизъявление / В. А. Ойгензихт. – Душанбе : Дониш, 1983. – 256 с.

248. Ойгензихт, В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве : учеб. пособие / В. А. Ойгензихт. – Душанбе : Дониш, 1984. – 128 с.

249. Осакве, К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения / К. Осакве // Журн. рос. права. – 2006. – № 7. – С. 84–93.

250. Осакве, К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения / К. Осакве // Журн. рос. права. – 2006. – № 8. – С. 131–143.

251. Останина, Е. А. Смешанный договор в контексте учения о юридических фактах / Е. А. Останина // Вестн. Челябин. гос. ун-та. – 2010. – № 33 (214). – Вып. 26 : Право. – С. 37–41.

252. Партин, А. Дистрибьюторское соглашение в системе договоров по гражданскому праву / А. Партин // Хозяйство и право. – 2009. – № 1. – С. 55–64.

253. Пархачева, М. А. Расходы комитента и комиссионера по договору комиссии и смешанному договору / М. А. Пархачева // Рос. налог. курьер. – 2000. – № 5. – С. 24–32.

254. Писчиков, В. А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Писчиков Вадим Анатольевич. – М., 2004. – 193 с.

255. Победоносцев, К. П. Курс гражданского права. Ч. 3 / К. П. Победоносцев ; под ред. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – 608 с.

256. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1998. – 353 с.

257. Полуяхтов, И. К вопросу о делении сделок на абстрактные и каузальные / И. Полуяхтов // Цивилистическая практика. Вып. 4. – Екатеринбург, 2002. – С. 105–113.

258. Попов, Д. Дистрибуторский договор по модели купли-продажи / Д. Попов // Корпоратив. юрист. – 2009. – № 6. – С. 58–61.

259. Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / Бабаев А. Б., Бевзенко Р. С., Тарасенко Ю. А. ; под. общ. ред. В. А. Белова – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2011. – 1301 с.

260. Практика применения Гражданского кодекса РФ, части второй и третьей / под ред. В. А. Белова. – М. : Юрайт, 2009. – 985 с.

261. Проект Федерального закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам» // Ваше право. – 2006. – № 12.

262. Прохоров, Е. В. Смешанные договоры как основания возникновения гражданских правоотношений в сфере физической культуры и спорта / Е. В. Прохоров // Проблемы права. – 2009. – № 2. – С. 154–157.

263. Протасов В.Н. Правоотношение как система. М.: Юридическая литература, 1991. 143 с.

264. Пугинский, Б. И. Теория и практика договорного регулирования / Б. И. Пугинский. – М. : Зерцало-М, 2008. – 224 с.

265. Рабинович, Н. В. Недействительность сделок и ее последствия / Н. В. Рабинович. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1960. – 247 с.

266. Райников, А. С. Договор коммерческой концессии / А. С. Райников. – М. : Статут, 2009. – 199 с.

267. Рачков, И. Белые пятна в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» / И. Рачков, А. Сорокина // Закон. – 2007. – № 4. – С. 141–145.

268. Резепов, И. Закон о торговле. Практика применения / И. Резепов // Современ. предприниматель. – 2010. – № 12. – С. 60–63.

269. Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М. : Юриспруденция, 1999. – 448 с.

270. Романец, Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романец. – М. : Юристъ, 2006. – 496 с.

271. Руднева, Л. А. Вопросы совершенствования договорного регулирования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Руднева Лариса Александровна. – М., 2004. – 210 с.

272. Савельев, А. И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве / А. И. Савельев // Вестн. ВАС РФ. – 2011. – № 8 (225). – С. 6–39.

273. Сагатовский В.Н. Опыт построения категориального аппарата системного подхода // Философ. Науки. 1976. № 3. С. 67-78.

274. Садиков, О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве / О. Н. Садиков // Сов. государство и право. – 1972. – № 2. – С. 32–39.

275. Свиридова, Н. В. Гражданско-правовой и трудовой договоры: вопросы правовой квалификации и переквалификации / Н. В. Свиридова, А. И. Гончаров // Соц. и пенс. право. – 2008. – № 3. – С. 30–34.

276. Секерин, В. Д. Посреднические договоры: договор поручения, договор на брокерское обслуживание, договор комиссии, агентский договор, консигнационный договор, договор на оказание дилерских услуг, договор на дистрибуцию товара, договор франчайзинга / В. Д. Секерин, Ю. Н. Плотников. – М. : Бизнес-школа «Интел-Синтез», 2000. – 64 с.

277. Симолин, А. А. Договор смешанного дарения / А. А. Смолин // Вестн. гражд. права. – 1917. – Вып. 3–5. – С. 26–48.

278. Симолин, А. А. Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права / А. А. Смолин. – М. : Статут, 2005. – 638 с.

279. Синайский, В. И. Русское гражданское право (Пособие к изучению т. X ч. 1 и сенатской практики) / В. И. Синайский. – Киев : Тип. А. М. Пономарева, 1912. – 427 с.

280. Синдеева, И. Ю. Соотношение частного и публичного в административном договоре / И. Ю. Синдеева // Админ. и муницип. право. – 2009. – № 5. – С. 78–82.

281. Ситдикова, Л. Б. Непоименованные договоры в сфере оказания консультационных услуг / Л. Б. Ситдикова // Юрид. мир. – 2009. – № 9 (153). – С. 34–38.

282. Ситдикова, Л. Б. Гражданско-правовая характеристика маркетингового договора: судебное регулирование споров / Л. Б. Ситдикова // Арбитр. и гражд. процесс. – 2007. – № 7. – С. 6–8.

283. Сляднев, П.В., Узденова, А.М. Конструкция смешанного договора / П.В. Сляднев, А.М. Узденова // Актуальные проблемы современной науки: сб. мат. V Междун. науч.-практ. конф. - 2016. - С. 147-150.

284. Собчак, А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве / А. А. Собчак // Сов. государство и право. – 1989. – № 11. – С. 61–67.

285. Советское гражданское право : учебник : в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. – 3-е изд. испр. и доп. – М. : Высш. шк., 1985. – 789 с.

286. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. – 3-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1984. – 1600 с.

287. Соломин, С. К. Реализация принципа свободы договора в контексте заключения смешанного договора / С. К. Соломин // Право и экономика. – 2011. – № 10. – С. 41–44.

288. Сосна, С. А. Концессионные соглашения. Теория и практика / С. А. Сосна. – М. : Нестор Академик Паблицере, 2002. – 256 с.

289. Сосна, С. А. Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве / С. А. Сосна // Журн. рос. права. – № 2. – 2003. – С. 14–24

290. Станкевич, Н. Смешанный договор: законность содержания и форма / Н. Станкевич // Вестн. Высш. хозяйств. суда Респ. Беларусь. – 2004. – № 11. – С. 130–138.

291. Статистика по судебной практике арбитражных судов [Электронный ресурс]. – URL: <http://sudact.ru/arbitral/stats> (дата обращения: 15.09.2016).

292. Степанов, Д. И. Услуги как объект гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. И. Степанов. – М., 2004. – 315 с.

293. Суворов, Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона / Е. Д. Суворов. – М. : Издат. дом В. Ема, 2008. – 188 с.

294. Суворов, Е. Д. Сделка в обход закона в судебной практике / Е. Д. Суворов // Юрист. – 2009. – № 5. – С. 13–22.

295. Схабо, Н. С. Свобода договора в отечественной цивилистике / Н. С. Схабо // Проблемы реформирования судебной системы. – Нальчик, 2005. – С. 67–72.

296. Таль, Л. С. Положительное право и неурегулированные договоры / Л. С. Таль // Юрид. зап. Демид. юрид. лица. Вып. 3 (12). – Ярославль, 1912. – 434 с.

297. Таль Л. С. Трудовой договоръ. Цивилистическое исследование / Л. С. Таль – Ярославль : Тип. Губ. правл., 1913. – 632 с.

298. Танага, А. Н. Смешанные договоры в современном гражданском праве России / А. Н. Танага // Проблемы правоприменительной деятельности : сб. науч. тр. – Краснодар : Изд-во КГАУ, 1999. – Вып. 347 (402). – С. 125–129.

299. Танага, А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Танага Андрей Николаевич. – Краснодар, 2001. – 226 с.

300. Танага, А. Н. Свобода выбора вида заключаемого договора / А. Н. Танага // Вестн. ВАС РФ. – 2002. – № 4. – С. 101–110.

301. Танчук, И. А. Хозяйственные обязательства / И. А. Танчук, В. П. Ефимочкин, Т. Е. Абова. – М. : Юрид. лит., 1970. – 216 с.

302. Тарасенко, Ю. А. Смешанный договор / Ю. А. Тарасенко // Арбитр. правосудие в России. – 2007. – № 4. – С. 39–46.

303. Татарская, Е. В. Непоименованные и смешанные договоры / Е. В. Татарская // Рос. юстиция. – 2007. – № 4. – С. 8–13.

304. Татарская, Е. В. Смешанные договоры в гражданском праве РФ : правовая природа и классификация / Е. В. Татарская // Право и экономика. – 2007. – № 7. – С. 107–109.

305. Татарская, Е. В. Правовая природа смешанных договоров / Е. В. Татарская // Рос. юстиция. – 2010. – № 4. – С. 22–25.

306. Татарская, Е. В. Правовое регулирование смешанных договоров / Е. В. Татарская // Проблемы современной юридической теории : сб. науч. ст. – М. : Юрист, 2010. – С. 353–374.

307. Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. – М. : Сов. энцикл.; ОГИЗ (т. 1); Гос. изд-во иностр. и нац. словарей (т. 2–4), 1935–1940.

308. Толстой, В. С. Исполнение обязательств / В. С. Толстой. – М. : Юрид. лит., 1973. – 208 с.

309. Толстой, Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1959. – 88 с.

310. Халфина, Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юрид. лит., 1974. – 351 с.

311. Халфина, Р. О. Договор в английском гражданском праве / Р. О. Халфина. – М. : Изд-во АН СССР, 1959. – 319 с.

312. Хаснутдинов, А. И. Вспомогательные договоры на транспорте / А. И. Хаснутдинов. – Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1994. – 253 с.

313. Уруков, В. Н. Толкование договора (к вопросу о применении статьи 431 Гражданского кодекса Российской Федерации) / В. Н. Уруков // Право и экономика. – 2009. – № 6. – С. 111–116.

314. Философия : энцикл. слов. / под ред. А. А. Ивина. – М. : Гардарики, 2006. – 1072 с.

315. Философский энциклопедический словарь / Сост. Е. Ф. Губский, Г. В. Кораблева, В. А. Лутченко. – М. : Инфра-М, 1998. – 576 с.

316. Чельшев, М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права : цивилистическое исследование : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Чельшев Михаил Юрьевич. – Казань, 2008. – 501 с.

317. Шахматов, В. П. Основные проблемы теории сделок по советскому гражданскому праву : автореф. ... канд. юрид. наук / В. П. Шахматов. – Свердловск, 1951. – 26 с.

318. Шарипова, О.В. Правовая природа поставки товаров для государственных или муниципальных нужд / О.В. Шарипова // Национальная Ассоциация Ученых. - 2016. - № 4 (20). - С. 23-24.

319. Шевченко, Е. Е. Законодательство и судебно-арбитражная практика об определении момента заключения договора / Е. Е. Шевченко // Закон. – 2007. – № 4 – С. 82–94.

320. Шевченко, О. А. О гражданско-правовых отношениях между спортсменом и физкультурно-спортивной организацией / О. А. Шевченко // Спорт: экономика, право, управление. – 2010. – № 1. – С. 11–13.

321. Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки / Г. Ф. Шершеневич. – 4-е изд. – СПб. : Бр. Башмаковы, 1908. – 630 с.

322. Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Спарк, 1995. – 556 с.

323. Щетинкина, М. Ю. Толкование судом гражданско-правовых договоров как основа реализации принципа свободы договора: некоторые проблемные аспекты / М. Ю. Щетинкина // Рос. судья. – 2009. – № 2. – С. 23–27.

324. Явич, Л. С. Советское право – регулятор общественных отношений в СССР / Л. С. Явич; под ред.: Корецкий В. И., Раджабов С. А. – Сталинабад, 1957. – 165 с.

325. Ямпольская Ц.А. К методологии науки управления // Советское государство и право. 1965. № 8. С. 12-21.

326. Ulrich, G. Vienna Sales Convention: Applicability to «Mixed Contracts» and Interaction with the 1968 Brussels Convention / G. Ulrich // Reproduced with permission of 5 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. –

2001. – P. 74–86. – [Electronic resource]. – URL:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html> (date of access: 15.09.2012).