

# Договоры с открытыми условиями в Шотландии: сравнительно-правовой взгляд

А. А. Хуззятов

**Для цитирования:** Хуззятов А. А. Договоры с открытыми условиями в Шотландии: сравнительно-правовой взгляд // Правоведение. 2023. Т. 67, № 2. С. 174–202.  
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.203>

Статья посвящена договорам с открытыми условиями, т.е. договорам, в которых стороны намеренно оставляют одно или несколько условий открытыми для будущих переговоров или их одностороннего восполнения одной из сторон. В своем исследовании мы обращаемся к договорам с открытыми условиями, в которых такое условие подлежит согласованию путем переговоров. Большинство юрисдикций подобные договоры не признают достаточно определенными, однако, как иногда утверждается, исключением в этом смысле является правовая система Шотландии. При попытке подтверждения этого тезиса обнаруживается, что конструкция, именуемая «договор с открытыми условиями», неизвестна шотландскому праву, в связи с чем для поиска аналога на «правовой карте» Шотландии предлагается использовать специальный сравнительно-правовой метод, основанный на формулировании запроса на «системно-нейтральном языке». С помощью этого метода обнаруживается, что договоры с открытыми условиями в Шотландии скрываются под несколькими различными именами (прежде всего под названием «соглашение согласиться») и рассматриваются в контексте допустимой степени договорной неопределенности и намерения сторон создать правовые отношения. При этом в статье показывается, что хотя в Шотландии не существует единого и непротиворечивого подхода к таким договорам, однако можно выделить три теста, используемых судами для ответа на главный вопрос о таких договорах, а именно для определения того, является ли договор с открытыми условиями заключенным: тест на существенность открытого условия, тест на объективную восполнимость открытого условия и тест на наличие у сторон намерения создать правовые отношения. Данный анализ сопровождается сравнительными комментариями, описывающими то, каким образом регулируются схожие отношения в Принципах УНИДРУА (ст. 2.1.14), а также в России (ст. 429.1 ГК РФ). Исследование темы также предваряется обращением к истории и общей характеристике правовой системы Шотландии. В ходе раскрытия этой темы мы показываем, что Шотландию нельзя достаточно точно определить через ее родовые признаки в качестве смешанной юрисдикции. При переходе к исследованию Шотландии как индивидуальной юрисдикции отмечается, что эта система со временем стала демонстрировать все меньше признаков страны континентально-европейской семьи.

*Ключевые слова:* договор с открытыми условиями, рамочный договор, соглашение согласиться, шотландское право, УНИДРУА.

## Введение

Почти каждый договор содержит пробелы. Нередко они оставляются сторонами намеренно. В одних случаях это происходит потому, что стороны желают, чтобы пропущенные условия были восполнены диспозитивными нормами

---

Хуззятов Артур Арсланович — магистр права, аспирант, Российский университет дружбы народов им. Патриса Лумумбы, Российская Федерация, 117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6; директор Правового управления, ПАО «БАНК УРАЛСИБ», Российская Федерация, 119048, Москва, ул. Ефремова, 8; [a.a.khuzziatov@mail.ru](mailto:a.a.khuzziatov@mail.ru)

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2023

или с помощью предложенных сторонами механизмов восполнения пробелов. В других ситуациях стороны оставляют условия открытыми за тем, чтобы договориться об их содержании в будущем.

Первый упомянутый случай не вызывает вопросов, и договорное право большинства стран<sup>1</sup> направлено именно на то, чтобы удовлетворить желание сторон, не превращая договор в многотомный документ, описать лишь основные условия взаимодействия, в остальном полагаясь на предлагаемые правом «условия по умолчанию». Редко вызывает сомнения и допустимость установления сторонами собственных механизмов восполнения пробелов, даже если они предполагают привлечение для этого третьего лица<sup>2</sup>. Вместе с тем большинство правовых систем мира сталкивается с трудностями в признании анализируемых в настоящей работе договоров с открытыми условиями, т. е. договоров, в которых стороны оставляют условия открытыми для дальнейших переговоров<sup>3</sup>.

Одним из активных сторонников признания в мире договоров с открытыми условиями является коллектив авторов Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, далее — UPICC)<sup>4</sup>, разработавший и постоянно совершенствующий «модельную»<sup>5</sup> ст. 2.1.14 о договорах с намеренно открытыми условиями. При этом комментаторы UPICC отмечают, что одной из редких признавших такие конструкции юрисдикций является Шотландия, чей подход к договорам с открытыми условиями может быть воспринят как образцовый<sup>6</sup>.

В настоящей статье мы посмотрим, верно ли утверждение о том, что право Шотландии признает договоры с открытыми условиями и может служить моделью для их применения, а также попробуем выделить критерии (тесты), которые используются в этой юрисдикции, чтобы ответить на главный вопрос о таких договорах: препятствуют ли открытые условия тому, чтобы считать договор заключенным (принудительно исполнимым)? Ответ на этот вопрос мы сопроводим анализом проблем и противоречий каждого из тестов, а также сравнительными комментариями, описывающими то, каким образом схожие отношения регулируются в модельной норме UPICC, а также в еще одной (помимо Шотландии) юрисдикции, предположительно признавшей договоры с открытыми условиями,

---

<sup>1</sup> Во всяком случае, договорное право большинства стран романо-германской (континентальной) правовой семьи.

<sup>2</sup> Как отмечает Р.Андерсон (Ross Anderson), в противоположность соглашениям, оставляющим открытое условие для будущих переговоров, большинство правовых систем признают допустимость оставления пробела для его определения третьим лицом (см.: Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) / ed. by S. Vogenauer. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 333 (далее — UPICC Commentary, 2015; авт. коммент. — Росс Андерсон, далее уточнение опускается)).

<sup>3</sup> Ibid. — Договор с открытыми условиями также может предусматривать восполнение открытого условия в одностороннем порядке. Данный тип договоров с открытыми условиями в статье не рассматривается. Кроме ограничений объема статьи, это обусловлено тем, что к этой разновидности договоров с открытыми условиями в целом редко обращаются и в Шотландии, и в России, да и в UPICC возможность одностороннего восполнения открытого условия была добавлена лишь в последней редакции ст. 2.1.14 (2016 г.).

<sup>4</sup> Принципы и официальный комментарий к ним расположены на официальном сайте организации (URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 01.10.2022)). Далее в работе статьи UPICC и цитаты из официального комментария к нему будут приводиться без специальной ссылки.

<sup>5</sup> То есть созданную для демонстрации и популяризации возможностей института.

<sup>6</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 333.

а именно в России<sup>7</sup>. Наконец, на основе проведенного исследования мы предложим наиболее эффективный порядок применения указанных тестов.

Перед тем, как перейти к главной теме статьи, мы также обратимся к общей характеристике и истории развития правовой системы Шотландии, в том числе посмотрим на эту страну сквозь призму понятия «смешанные юрисдикции». Поскольку русскоязычных работ на данную тему очень немного<sup>8</sup>, мы остановимся на вопросе немного подробнее, чем принято делать в подобных вводных разделах.

## 1. Общая характеристика и история развития частного права Шотландии

### 1.1. Шотландия как смешанная юрисдикция

Шотландию традиционно относят к смешанной правовой семье<sup>9</sup> или, используя менее претенциозный термин, к группе смешанных юрисдикций<sup>10</sup>. Но что это за семья или группа и каких характеристик следует ожидать от юрисдикции, если про нее утверждают, что она «смешанная»? Попробуем ответить на этот вопрос.

Само понятие «смешанные юрисдикции» стало полноценно использоваться в сравнительном праве лишь начиная с 1955 г.<sup>11</sup>, т. е. со значительным опозданием: к этому моменту успело пройти более полувека с момента Всемирной выставки в Париже (1900), с которой ведет начало современная наука сравнительного права<sup>12</sup>, и более чем два с половиной века с момента объединения парламентов Англии и Шотландии (1707), ознаменовавшего собой формирование первой смешанной правовой системы (Шотландии)<sup>13</sup>.

К сожалению, позднее появление на свет было не единственной проблемой идеи смешанных юрисдикций: если «родителя», а именно науку сравнительного права, называли больной наукой из-за отсутствия метода<sup>14</sup>, то у рожденной сравнительным правом идеи смешанных юрисдикций с самого начала не оказалось четкого предмета, который со временем стал размываться еще больше.

<sup>7</sup> См.: ГК РФ. Ст. 429.1.

<sup>8</sup> Редкие исключения в основном представляют собой либо переводы статей зарубежных авторов (см., напр.: *Циммерманн Р.* «Двойной перекресток»: сравнение шотландского и южноафриканского права // *Ius Antiquum. Древнее право.* 2005. № 2 (16). С. 164–190; *Рид Э.* Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы // *Вестник гражданского права.* 2015. Т. 15, № 4), либо еще реже — разделы в пособиях по сравнительному правоведению (см., напр.: *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности. М.: Юрист, 2003. С. 252–257).

<sup>9</sup> См., напр.: *Mixed Jurisdictions Worldwide: the Third Legal Family* / ed. by V. V. Palmer. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. 216–277.

<sup>10</sup> См., напр.: *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended* / ed. by S. Faran, E. Örüçü, S. P. Donlan. Farnham, Surrey: Ashgate, 2014. P. 11–35.

<sup>11</sup> *Reid K. G. C.* The Idea of Mixed Legal Systems // *Tulane law review.* 2003. Vol. 78, no. 1–2. P. 11.

<sup>12</sup> См., напр.: *Basedow J.* Comparative Law and Its Clients. *The American journal of comparative law.* 2014. Vol. 62, no. 4. P. 829. — Подробнее о Парижском (первом) конгрессе на русском языке см.: *Дождев Д. В.* Сравнительное право: состояние и перспективы развития // *Российский ежегодник сравнительного права* / под ред. Д. В. Дождева. СПб., 2008. С. 2–3 (указанные страницы могут не совпадать с нумерацией страниц в оригинальном журнале, так как ссылки приводятся по электронной версии статьи, см.: URL: <http://iusromanum.ru/wp-content/uploads/2017/11/Dozhdev-Sravnitelnoe-pravo-sostoyanie-i-perspektivy.pdf> (дата обращения: 01.10.2022). — Далее ссылка на сайт и оговорка опускаются).

<sup>13</sup> *Mixed Jurisdictions Worldwide...* P. 5.

<sup>14</sup> См., напр.: *Zweigert K., Kötz H.* *Introduction to Comparative Law* / Trans. by Tony Weir. 3<sup>rd</sup> revised ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. P. 33.

Не случайно Э. Орюджу (тур. Esin Örüçü) уже в первой строке своего исследования смешанных систем пишет, что «попытка всестороннего изучения “смешанных систем” (сноска опущена. — А. Х.) и анализ этой концепции в общих терминах — очень опасная и деликатная задача»<sup>15</sup>, и констатирует, что труды по смешанным юрисдикциям «не могут быть использованы в качестве адекватных источников для действительно всеобъемлющего сравнительного исследования, поскольку не все они охватывают одну и ту же сходную сопоставимую область, а также не являются репрезентативными для всех типов смесей»<sup>16</sup>.

Упрек следует признать справедливым: едва ли, например, можно ожидать, что мы найдем какое-то согласие в общих признаках смешанных юрисдикций между Р. Циммерманом (Reinhard Zimmermann), который указывает на 4 «единодушно признанные» смешанные «англо-романские» юрисдикции<sup>17</sup>, В. Палмером (Vernon Palmer), который точно так же, как Р. Циммерман, фокусируется на смешении англо-саксонских и континентальных элементов, но выделяет уже 18 смешанных юрисдикций<sup>18</sup>, «Оттавской группой», отмечающей, помимо «англо-романских», еще 10 типов смешения и обнаруживающей, таким образом, 95 смешанных юрисдикций<sup>19</sup>, и, наконец, Э. Орюджу, которая, хотя и с поправкой на трюизм этой идеи, упоминает о том, что все современные юрисдикции являются смешанными<sup>20,21</sup>.

Кажется, что описанный вопрос имеет решение: если, например, мы хотим найти общие признаки юрисдикций, родственных Шотландии, то в этом помогут труды, в которых смешанные юрисдикции сводятся до «англо-романских» систем, т. е. систем, где, как и в Шотландии, оказались смешанными элементы англо-саксонского и континентального права. Так, в упомянутой работе В. Палмера действительно можно обнаружить целый набор признаков, на первый взгляд узнаваемых в правовой системе Шотландии. Автор относит к ним среди прочего: наличие компонентов одновременно романо-германского и англо-американского права; деление отраслей права на частное и публичное с существенным влиянием континентально-европейского права в первом и англо-американского во втором; связь романо-германского материального права с англо-американской институциональной и судебной структурой; структуру источников, основанную на прецедентах; игнорирование различия между правом (law) и справедливостью (equity); наличие двух языков (английского и одного из континентально-европейских) как

<sup>15</sup> Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing / ed. by E. Örüçü, E. Attwooll, S. Coyle. The Hague: Kluwer Law International, 1996. P. 335. — Здесь и далее, если не оговорено иное, перевод с английского осуществлен автором статьи.

<sup>16</sup> Ibid. P. 337.

<sup>17</sup> Р. Циммерман приводит в качестве примера «главных представителей» смешанных правовых систем Луизиану, Квебек, Шотландию и Южную Африку (*Циммерманн Р.* «Двойной перекресток...» С. 165–167).

<sup>18</sup> К основным смешанным юрисдикциям автором отнесены: Южная Африка, Шотландия, Луизиана, Квебек, Пуэрто-Рико, Филиппины, Ботсвана, Мальта и Израиль. В приложении также кратко описывается еще девять смешанных юрисдикций: Лесото (Африка), Намибия, Свазиленд, Зимбабве, Шри-Ланка, Маврикий, Сейшелы, Сент-Люсия и Камерун (см.: *Mixed Jurisdictions Worldwide...*).

<sup>19</sup> Мы не будем приводить этот длинный перечень, но отметим, что в нем, по крайней мере, нет России (URL: <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php> (дата обращения: 01.08.2022)).

<sup>20</sup> Studies in Legal Systems... P. 335.

<sup>21</sup> Общий обзор различных концепций смешанных (гибридных) юрисдикций см., напр.: *Du Plessis J. Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems // Oxford Handbook of Comparative Law. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. P. 475–500; Саидов А. Х. Сравнительное правоведение... С. 345–356 (при этом Шотландия рассматривается автором в другом разделе, см. подробнее ниже).*

основание для сохранения дуальности системы. У К. Рида (Kenneth G. C. Reid) мы также обнаруживаем общую историческую черту большинства смешанных юрисдикций как появившихся в результате «неудавшегося колониализма»<sup>22</sup>. Вместе с тем уже в указанных признаках видны проблемы обобщения, слишком часто «бьющего мимо мишени»: так, приведенные выше признаки билингвальности и колониального происхождения не обнаруживаются даже в такой «хрестоматийной» смешанной юрисдикции, как Шотландия<sup>23</sup>.

При этом описанный недостаток работ по общей концепции смешанных юрисдикций представляется нам не следствием недоработки авторов (в таком случае это было бы поправимо), а результатом того неизбежного обстоятельства, что даже при узком взгляде на смешанные юрисдикции системы в выборке все равно будут столь отличаться по компонентам<sup>24</sup>, степени<sup>25</sup>, стадии<sup>26</sup>, причинам<sup>27</sup> и хронологии<sup>28</sup> их смешения, иметь столь разную систему источников права<sup>29</sup> и являться настолько географически изолированными друг от друга, что говорить об их родстве и на основании этого выявлять их общие признаки очень трудно. При такой разности это уже вовсе не связанная родственными узлами семья и даже не семья, «члены которой в течение многих лет были отчуждены друг от друга и часто почти не подозревали о существовании друг друга»<sup>30</sup>. В лучшем случае это дальние родственники или даже свойственники, которых нерегулярно и в разном составе собирают для написания с них того, что кажется авторам «семейным портретом».

Изложенное объясняет, почему за пределами отдельных академических проектов в странах смешанных юрисдикций, по утверждению К. Рида, по большей части не знают и не интересуются законодательством других смешанных юрисдикций<sup>31</sup>, обращаясь скорее к своим «родительским» правовым системам и, по меткому выражению автора, почти «не беря займы друг у друга»<sup>32</sup>.

---

<sup>22</sup> Reid K. G. C. The Idea of Mixed Legal Systems. P. 7.

<sup>23</sup> Перед началом работы над упомянутой выше книгой В. Палмер направил представителям различных смешанных юрисдикций опросник, призванный выявить общие черты таких правовых систем. Уже по ответам представителя Шотландии можно заметить, что не только перечисленные нами, но и многие другие признаки, которые автор полагал общими для всех смешанных юрисдикций, таковыми не оказались (Mixed Jurisdictions Worldwide... P. 216–277 (автор раздела — Э. Рид)).

<sup>24</sup> Ibid. P. 15–16. — Автор отмечает существенную разницу в системах, принявших английскую версию общего права (например, Шотландия), и тех, которые восприняли его американскую версию (например, Луизиана), в том числе в таком ключевом вопросе, как подход к источникам.

<sup>25</sup> Studies in Legal Systems... P. 343 (Э. Орюджу образно выстраивает системы в зависимости от степени смешения от салатной тарелки с выложенными отдельно ингредиентами (минимальное смешение) до пюре (максимальное смешение)).

<sup>26</sup> Studies in Legal Systems... P. 338 (Э. Орюджу упоминает о наличии «смещающихся систем» (shifting systems) и «систем в процессе перехода» (systems in transition)). Иную точку зрения см.: Reid K. G. C. The Idea of Mixed Legal Systems. P. 20 (автор полагает, что сегодняшние смешанные правовые системы уже достигли равновесия благодаря политической и правовой автономии).

<sup>27</sup> Например, причина может состоять как в колониационных процессах, так и в добровольном объединении с соседом (как это случилось с Шотландией).

<sup>28</sup> Reid K. G. C. The Idea of Mixed Legal Systems. P. 22–23.

<sup>29</sup> Даже среди, казалось бы, самых бесспорных смешанных правовых систем (Луизианы, Квебека, Шотландии и Южной Африки) только две являются кодифицированными, другие же две в значительной мере основаны на прецедентном праве (см., напр.: Циммерманн Р. «Двойной перекресток»... С. 165–167).

<sup>30</sup> Reid K. G. C. The Idea of Mixed Legal Systems. P. 7.

<sup>31</sup> Ibid. P. 7, 10.

<sup>32</sup> Ibid. P. 35.

Таким образом, при всей ее безусловной ценности как таковой<sup>33</sup> общая концепция смешанных юрисдикций, на наш взгляд, пока не готова к главному, а именно к тому, чтобы использовать ее в качестве инструмента, дающего понимание общих признаков и достоверный прогноз решения частных правовых вопросов отдельно взятой юрисдикции, относимой к числу смешанных. Последнее, вероятнее всего, будет либо приводить к ошибкам, либо, по выражению Э. Орюджу, представлять результат, который можно характеризовать как «слишком размытый, чтобы быть полезным, или открытый для критики как использующий чрезмерное упрощение»<sup>34,35</sup>.

В связи с изложенным более правильным нам кажется описание правовой системы Шотландии не через родовые признаки Шотландии как смешанной юрисдикции, а через ее индивидуальные характеристики.

## 1.2. История развития частного права Шотландии

Частное право Шотландии является продуктом смешения традиций английского (общего) и континентально-европейского права<sup>36</sup>, т. е. демонстрирует то, что выше было обозначено как «англо-романское» смешение. Как оно произошло?

В силу географической близости с Англией влияние общего права на гражданско-правовую основу шотландского права присутствовало на протяжении всей истории<sup>37</sup>, а в XVII в. сближению особенно способствовало то, что Англией и Шотландией стал править взошедший на престол в 1603 г. шотландец Яков I, выступавший за более тесный союз стран. Вместе с тем ни постоянное соседство, ни прохладно встреченные по обе стороны границы союзные инициативы Якова I не смогли полноценно объединить Шотландию и Англию<sup>38</sup>. Все изменилось, когда страны в 1707 г. подписали Договор (Treaty), приведший к объединению парламентов (Union of the Parliaments). Именно 1707 год считается датой образования в Шотландии смешанной правовой системы, ставшей первой в своем роде и до сих пор являющейся единственной смешанной юрисдикцией в Европе<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> В частности, как инструмента сохранения и «продвижения» романского элемента в смешанных правовых системах (для чего идея была разработана изначально) и вдохновляющего примера для унификационных проектов.

<sup>34</sup> *Studies in Legal Systems...* P. 336.

<sup>35</sup> О проблемах самой идеи о правовых семьях и иных подобных классификационных усилий см.: *Дождев Д. В.* Сравнительное право... С. 13–17.

<sup>36</sup> В действительности в смешении участвовало большее число компонентов, включая общее право Шотландии, местные обычаи, каноническое право, кельтское право и раннее англо-норманнское феодальное право; это разнообразие остроумно охарактеризовано лордом Купером (Lord Cooper), сказавшим, что ткань зрелого шотландского права стала пестрой, как тартан (*Ibid.* P. 346). В статье, однако, мы сосредоточимся только на двух компонентах смешения: англо-саксонском и континентально-европейском. Подробнее об иных составляющих смешения см., напр.: *Thomson S.* Mixed Jurisdiction and the Scottish Legal Tradition: Reconsidering the Concept of Mixture // *Journal of civil law studies.* 2014. Vol. 7, no. 1. P. 51–91.

<sup>37</sup> *Рид Э.* Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы. (Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».) URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 26.09.2022).

<sup>38</sup> Там же.

<sup>39</sup> *Elgar Encyclopedia of Comparative Law / ed. by J. M. Smits.* Edward Elgar Pub., 2006. P. 642 (автор раздела — Г. Маккуин (H. MacQueen), далее указание автора раздела опускается; сравнение произведено между смешанными юрисдикциями в самом узком смысле, т. е. между «англо-романскими» странами). — В противовес этому тезису можно вспомнить о Мальте, Кипре и Нормандских островах (подробнее см., напр.: *Рудоквас А. Д.* Пункт 4 статьи 209 ГК РФ: будущее одной иллюзии // *Вещное право: вчера, сегодня, завтра: сборник статей к 50-летию А. О. Рыбалова / отв. ред. К. И. Карачкова; науч. ред. А. Д. Рудоквас.* М.: Статут, 2023. С. 172–173).

Приведенные географические и политические предпосылки объясняют, каким образом в «англо-романском салате», каковым Э. Орюджу образно именуется сегодняшнюю Шотландию<sup>40</sup>, появился английский «ингредиент». Утверждается, однако, что он добавлялся к уже имеющейся в «салатной миске» континентально-европейской основе. Но каким образом эта основа успела появиться в Шотландии к 1707 г.?

Принято считать, что своей континентально-европейской части право Шотландии обязано двум историческим предпосылкам. Во-первых, более позднему по сравнению с Англией становлению централизованной системы судов, следствием которой стало отсутствие светской юридической профессии и проникновение европейского *ius commune* через церковных юристов с континентальной академической степенью. Эти же юристы позднее стали заседать и в учрежденном в Эдинбурге в 1532 г. Сессионном суде (Court of Session), применяя римско-канонический процесс. Во-вторых, тому, что даже после распространения в Шотландии к концу XVI в. светской юридической профессии страна все еще не имела структуры подготовки юристов, в связи с чем шотландские абитуриенты во множестве поступали в университеты на европейском континенте<sup>41</sup> и уже оттуда привносили как общевропейские традиции, так и конкретные правовые традиции тех стран Европы, в которых они обучались<sup>42</sup>.

В результате шотландское право уже к 1707 г. стало обнаруживать континентально-европейские черты, резко отличающие его от английского права, такие как игнорирование разделения между правом (*law*) и справедливостью (*equity*), принятие унитарной концепции права собственности, отсутствие требования встречного предоставления (*consideration*) и признание общего запрета на неосновательное обогащение<sup>43</sup>. Последующие более чем три столетия, однако, ознаменовались существенной «дероманизацией» частного права Шотландии<sup>44</sup>.

Первый этап начался уже в начале XVIII в. Во-первых, после объединения Англии и Шотландии британский парламент, устранив парламент Шотландии, стал пользоваться своей возможностью издавать обязательные для последней постановления и законы<sup>45</sup>, в том числе постановления и законы по частному праву, издание которых допускалось во всяком случае, когда это считалось Вестминстером «к очевидной пользе шотландского народа»<sup>46</sup>. Во-вторых, после 1707 г. палата лордов в Лондоне стала для Шотландии общим апелляционным судом по гражданским делам<sup>47</sup>, в результате чего в шотландское право стали проникать и сами английские прецеденты, и английская доктрина *stare decisis* в целом<sup>48</sup>; высший

<sup>40</sup> *Studies in Legal Systems...* P. 343.

<sup>41</sup> *Mixed Jurisdictions Worldwide...* P. 218 (авт. разд. — Э. Рид). — Причина выбора европейских, а не английских университетов состояла, видимо, в сформированном за период войн за независимость неприятии ко всему английскому, результатом чего становились альянсы не с Англией, а с континентальной Европой (см., напр.: *Циммерманн Р.* «Двойной перекресток»... С. 169–171).

<sup>42</sup> См., напр., примеры, касающиеся заимствований из Франции: *Рид Э.* Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы.

<sup>43</sup> *Elgar Encyclopedia of Comparative Law.* P. 643.

<sup>44</sup> Как справедливо отмечает О. А. Жидков, «хотя шотландское право и сохранило свой обособленный статус, оно постепенно начало все больше тяготеть к образцам английского права» (*История государства и права зарубежных стран: в 2 ч. / под ред. О. А. Жидкова. М.: Норма, 2003. Ч. 2. С. 525* (авт. гл. — О. А. Жидков)).

<sup>45</sup> Там же.

<sup>46</sup> *Рид Э.* Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы.

<sup>47</sup> Высший апелляционный суд до сих пор находится в Лондоне, но теперь им является не палата лордов, а Верховный суд Соединенного Королевства (*Supreme Court of the United Kingdom*).

<sup>48</sup> *Elgar Encyclopedia of Comparative Law.* P. 643. — Ранее шотландское прецедентное право базировалось не на идее власти одного прецедента, а на том, что в России называют «устоявшаяся судебная практика».

апелляционный гражданский суд Шотландии (Внутренняя палата Сессионного суда) при этом, хотя и не прекратил существование и не утратил своей автономности, в значительной степени приблизил процесс к английскому<sup>49</sup>.

Не меньшим было влияние Англии и в следующем XIX в., отмеченном среди прочего значительной «англизацией» договорного права Шотландии, во многом обусловленной все большей доступностью источников по английскому праву при нехватке местных материалов<sup>50</sup>. Казалось, английское влияние должно было ослабить появление в палате лордов шотландских юристов, однако на деле они все еще оставались в меньшинстве в общем составе (жюри)<sup>51</sup>. Тогдашний подход палаты лордов можно описать знаменитыми словами одного из судей палаты: «Если таково право Англии, то на каком основании можно утверждать, что это не право Шотландии?»<sup>52</sup>, а также проиллюстрировать тем фактом, что большинство обжалуемых в палату лордов решений шотландских судов того периода пересматривалось или отправлялось на новое рассмотрение в Шотландию<sup>53</sup>. Кроме того, в значительной степени на снижение влияния континентально-европейского права в тот период повлиял упадок *ius commune* в самой Европе в связи с проходившими кодификационными процессами<sup>54</sup>.

К началу XX в. стало ясно, что шотландские суды стали считать родственным английское, а не континентально-европейское право<sup>55</sup>, что стало предметом обеспокоенности в академических кругах. В ответ на «англизацию» было учреждено Общество Стэйра (Stair Society), усилия которого были направлены на «перерождение шотландского права». Главными протагонистами Общества Стэйра выступали «националисты от шотландского права» Т. Б. Смит (T. B. Smith) и лорд Купер (Lord Cooper), призывающие отказаться от английского права, вместо этого сделав акцент на шотландской цивилистической традиции<sup>56</sup>. Более того, на рубеже XX и XXI вв. амбиции Шотландии возросли с желанием восстановить свои романские корни до известного рода экспансии, а именно до попытки «романизации» теперь уже английского права с помощью разработки общего для обеих систем договорного кодекса<sup>57</sup>. Обе попытки защитить цивилистическую традицию, однако, оказались безуспешными: к трудам представителей Общества Стэйра отнеслись без энтузиазма не только суды и законодательные органы, но и многие коллеги-ученые<sup>58</sup>, а договорный кодекс так и не стал общим законом Великобритании.

Уже в начале XXI в. шансом для возрождения континентально-европейской традиции в Шотландии стало начало работы учрежденного в 1999 г. шотландского парламента, которому была делегирована законодательная компетенция почти во всех аспектах гражданского права, включая обязательственное право и право собственности<sup>59</sup>. Так, Э. Рид вдохновенно прогнозировала, что начало XXI в. станет

<sup>49</sup> Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы.

<sup>50</sup> Так, первая работа по договорному праву Шотландии появилась только в начале XX в. (MacQueen H. L. *Contract Law in Scotland*. 5<sup>th</sup> ed. London: Bloomsbury Professional, 2020. Para. 1.54.)

<sup>51</sup> Elgar *Encyclopedia of Comparative Law*. P. 644.

<sup>52</sup> *Bartonhill Coal Co. v. Reid* (1858) 3 Macqu 265 (цит. по: Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы).

<sup>53</sup> *A Study of Mixed Legal Systems...* P. 15 (авт. разд. — С. Фарран).

<sup>54</sup> Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы.

<sup>55</sup> Там же.

<sup>56</sup> Reid K. G. C. *The Idea of Mixed Legal Systems*. P. 16.

<sup>57</sup> О разработке кодекса см.: Elgar *Encyclopedia of Comparative Law*. P. 648–649.

<sup>58</sup> *A Study of Mixed Legal Systems...* P. 17–18.

<sup>59</sup> *Ibid.* P. 30.

«новой эрой самостоятельности шотландской правовой системы»<sup>60</sup>. Вместе с тем некоторое время спустя стало понятно, что хотя фактическим итогом работы парламента и стало множество законов, но эти законы отличаются от английских лишь в деталях<sup>61</sup>, о чем наиболее ярко свидетельствует то, что частное право до сих пор во многом не просто не кодифицировано, но в основном даже не облечено в форму законодательных актов, оставаясь по преимуществу прецедентным и под-вергаемым систематизации разве что в трудах ученых, отчетах и законопроектах Шотландской правовой комиссии (Scottish Law Commission)<sup>62</sup>, а в также в накопленном за период до Брексита (Brexit) блоке нормативных актов Европейского Союза<sup>63</sup>.

В результате спустя более чем три века с момента зарождения этой первой смешанной юрисдикции крупное исследование, структура которого предполагает, что смешанные юрисдикции будут рассматриваться, начиная с тех, смешанность которых находится под наибольшей угрозой, до тех, чьему смешанному характеру ничего не угрожает, ставит Шотландию на первое место<sup>64</sup>. И если соглашаться с Э. Орюджу в том, что главными факторами сохранения правовой традиции являются язык и терминология, а также образование и литература, то становится понятно, что у Шотландии немного шансов сохранить свою цивилистическую традицию: юридическим языком остается английский (хотя и со своим, иногда весьма специфическим терминологическим аппаратом<sup>65</sup>), латынь и иностранные языки почти не изучаются, курсы по гражданскому (римскому) праву перестают быть обязательными в университетах<sup>66</sup>, а юридическая литература<sup>67</sup> в основном апеллирует к общему праву, а не к праву юрисдикций европейского континента<sup>68</sup>. Вопрос, смогут ли усилия членов академической среды и возможное отделение Шотландии от Великобритании (с последующим вхождением Шотландии в Европейский Союз) изменить ситуацию, остается открытым<sup>69</sup>.

---

<sup>60</sup> Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы.

<sup>61</sup> A Study of Mixed Legal Systems...

<sup>62</sup> О работе шотландской правовой комиссии в области договорного права см.: *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland*. Para. 1.57.

<sup>63</sup> В том числе связанных с защитой прав потребителей (*Ibid.* Para. 1.58), хотя едва ли указанные акты можно назвать систематизацией права Шотландии.

<sup>64</sup> A Study of Mixed Legal Systems... — Introduction — раздел не содержит постраничной нумерации. Примечательно, что в известной русскоязычной работе по сравнительному праву под авторством А. Х. Саидова, содержащей целый раздел о смешанных юрисдикциях, Шотландию и вовсе исключают из числа последних («...Правовая система Шотландии, имея корни в романо-германском праве, в настоящее время развивается все больше в сторону английского общего права. Вот почему шотландское право мы рассмотрели в разделе, посвященном правовой семье общего права, а не в разделе «Смешанные правовые системы», как это широко распространено в компаративистской литературе» (см.: *Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности*. С. 255). При этом в более позднем своем труде автор и вовсе полностью исключает и раздел о смешанных юрисдикциях, и текст о Шотландии (см.: *Саидов А. Х. Сравнительное правоведение: академический учебник*. М.: Норма, ИНФРА-М, 2021).

<sup>65</sup> A Study of Mixed Legal Systems... P. 18.

<sup>66</sup> Ср. обзор программы по праву Университета Эдинбурга, сделанный Аланом Уотсоном (Alan Watson) в 1993 г. (*Watson A. Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. 2<sup>nd</sup> ed. University of Georgia Press, 1993. P.39–40), и действующую программу (URL: <https://www.law.ed.ac.uk/study/undergraduate-degrees> (дата обращения: 10.09.2022)).

<sup>67</sup> Во всяком случае, если это не специальная литература, делающая акцент на смешанных юрисдикциях, либо, например, литература по вещному праву.

<sup>68</sup> A Study of Mixed Legal Systems... P. 25.

<sup>69</sup> Как и вопрос о том, так ли уж необходимо Шотландии сохранять свою цивилистическую традицию.

## 2. Договоры с открытыми условиями<sup>70</sup> в Шотландии: сравнительно-правовой взгляд

### 2.1. Поиск договора с открытыми условиями на «правовой карте» Шотландии

В заглавии статьи мы используем хорошо знакомый российскому читателю термин «договор с открытыми условиями» (*contract with open terms*), который, однако, едва ли был бы понятен шотландскому юристу. Действительно, обращение к материалам по договорному праву Шотландии показывает, что ни обязательные источники (прежде всего прецеденты<sup>71</sup>), ни академические тексты, ни практические обзоры не содержат упоминаний о договорной конструкции, имеющей такое название. Означает ли это, что искомый институт отсутствует в праве Шотландии?

Наука сравнительного права учит отвечать на подобные вопросы отрицательно, остерегаясь вывода об отсутствии искомого аналога только потому, что попытки его механического поиска не дали результата. Подобный подход получил свое наиболее известное воплощение в хрестоматийной работе К. Цвайгерта и Х. Кётца «Сравнительное частное право», где авторы предлагают так называемую презумпцию схождения (*praesumptio similitudinis*), согласно которой все современные развитые правовые порядки сталкиваются с одними и теми же проблемами и предлагают схожие решения, а потому, пока не доказано иное, компаративисту следует исходить из следующего: если какой-то инструмент присутствует в праве одной страны, то он обязательно будет найден в праве другой<sup>72</sup>. При этом зарубежный аналог может быть скрыт от поверхностного взгляда и не иметь привычных наименований<sup>73</sup>, но почти всегда будет обнаружен на той или иной «глубине». Потому, если искомый институт не найден, исследователь должен не прекратить поиск, сделав вывод об отсутствии в зарубежном праве интересующего материала, а приступить к поиску снова, но уже используя иной метод.

«Иной метод», который предлагают использовать сами авторы «Сравнительного частного права», именуется функциональным и предлагает исследователю сформулировать функцию отечественного или иного взятого за отправную точку института и найти, какой институт выполняет аналогичную функцию в интересующем зарубежном правовом порядке, а затем приступить к сравнению найденных функциональных аналогов<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> В статье мы обращаемся именно к договорам с открытыми условиями, а не к рамочным договорам. Разница между данными конструкциями состоит в том, что если в договорах с открытыми условиями, как правило, согласован предмет, и такие договоры не предполагают заключения на их основании новых договоров, то в рамочном договоре предмет обычно отсутствует, а сами договоры выступают лишь «рамкой» для будущих сделок (часто называемых в российской коммерческой практике «договорами-приложениями») (см., напр.: *Подузова Е. Б.* Новые договорные конструкции в свете законопроекта о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ // Закон. 2014. № 8. — Такое же разделение (хотя и без использования дихотомии «договор с открытыми условиями и рамочный договор») прослеживается и в шотландском праве, которое почти всегда обсуждает проблему договоров с открытыми условиями на примере иных (помимо предмета) открытых условий, а также на уровне UPICC, предполагающих, что в договоре с открытыми условиями «стороны уже достигли соглашения по таким условиям, которые необходимы для возникновения эффективного договора» (UPICC Commentary, 2015. P. 332), т. е. во всяком случае стороны договорились о предмете.

<sup>71</sup> Договорное право Шотландии — продукт общего права, а не закона (статута), см.: *MacQueen H. L.* Contract Law in Scotland. Para. 1.54.

<sup>72</sup> *Zweigert K., Kötz H.* Introduction to Comparative Law. P. 34–45.

<sup>73</sup> Впрочем, схожесть названий также может быть обманчивой (см., напр.: *Pozzo B.* Comparative Law and Language // The Cambridge Companion to Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. 95–100).

<sup>74</sup> *Zweigert K., Kötz H.* Introduction to Comparative Law. P. 34–45.

Описанный подход, однако, едва ли может быть эффективно применен для поиска договоров с открытыми условиями в Шотландии. Это связано с общим упреком, который высказывается в сравнительном праве в отношении функционального метода: функция, как правило, является слишком широким понятием, и одну и ту же функцию могут выполнять столь разные юридически институты, что их сравнение едва ли будет корректным и результативным<sup>75</sup>. Это подтверждается и в отношении исследуемой темы: функция договора с открытыми условиями, которую обычно<sup>76</sup> определяют как «обеспечение гибкости в долгосрочных отношениях»<sup>77</sup>, выполняется в шотландском и почти любом ином правопорядке не только договорами с открытыми условиями (их аналогами), но и рядом других институтов, таких как существенное изменение обстоятельств (*frustration*) и оговорки о форс-мажоре, которые хотя и схожи с договорами с открытыми условиями функционально, но существенно отличаются от них юридически<sup>78</sup>.

Итак, два самых популярных способа поиска сравнительного материала оказались неэффективными: выражаясь языком поисковых систем, запрос по названию (первый способ) не выдал ни одного результата, а поиск по функции (второй способ) показал их слишком много. Как решить эту проблему и верно сформулировать «поисковый запрос»?

К. Цвайгерт и Х. Кётц не давали на этот случай конкретных рекомендаций, но признавались, что в конце концов правильный метод отыскивается для каждого конкретного случая с помощью проб и ошибок<sup>79</sup>. Таким «правильным методом» в нашем случае стал поиск искомого института путем формулирования «запроса» на «системно-нейтральном» юридическом языке, т. е. на языке, свободном от специальных терминов, присущих какой-либо из сравниваемых юрисдикций.

Чтобы не изобретать такой язык самостоятельно, мы обратились к упомянутой во введении «модельной» ст. 2.1.14 UPICC, которая наиболее нейтрально описывает договоры с открытыми условиями и, что не менее важно, обозначает места на «правовой карте», где такие договоры можно обнаружить. Так, в соответствии с указанной статьей, «если стороны намереваются заключить договор, тот факт, что они намеренно оставляют условие для согласования в ходе дальнейших переговоров или для определения одной из сторон или третьим лицом, не препятствует возникновению договора». Как видим, авторы унификации демонстрируют, что договоры с открытыми условиями затрагивают вопросы необходимых требований к заключенному договору, а конкретнее — два таких требования: определенность договора и намерение сторон создать правовые отношения.

При обращении к договорному праву Шотландии становится понятно, что составленные на «системно-нейтральном» языке «поисковые запросы» наконец дают релевантный результат: именно в материалах, посвященных определен-

---

<sup>75</sup> Как, например, в российском праве едва ли уместно сравнивать неустойку и залог, хотя они и выполняют одну и ту же функцию защиты кредитора от неплатежа и даже перечисляются законодателем через запятую в ряду способов обеспечения (ст. 329 ГК РФ). Общую критику функционального метода см., напр.: *Frankenberg G. Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law // Harvard International Law Journal. 1985. Vol. 26, no. 2; Дождев Д. В. Сравнительное право... С. 9–11.*

<sup>76</sup> Оговорка «обычно» не случайна и намекает на другой недостаток сравнительного метода, а именно на субъективность оценки функции того или иного института.

<sup>77</sup> См., напр.: UPICC Commentary, 2015. P. 332–333.

<sup>78</sup> Одно из ключевых отличий состоит в том, что оставление условия открытым логически предшествует использованию упомянутых инструментов, направленных на пересмотр уже заключенного договора (*Ibid.* P. 333).

<sup>79</sup> *Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law. P. 36.*

ности договорных условий (*certainty*) и намерению сторон создать правовые отношения (*intention to create legal relations*), обнаруживается обсуждение вопросов допустимости договоров, в которых условия оставлены открытыми для будущих переговоров (т. е. договоров с открытыми условиями)<sup>80</sup>. Там же мы находим и названия, под которыми такие договоры скрываются в Шотландии, включая главное: «соглашение согласиться» (*agreement to agree*), а также большое количество иных используемых в коммерческой практике наименований, как, например, «соглашение об основных положениях» (*heads of agreement*)<sup>81</sup> (далее совместно — договоры с открытыми условиями).

## 2.2. Выявление подхода шотландского права к договорам с открытыми условиями

Ключевой вопрос в отношении договоров с открытыми условиями состоит в том, можно ли считать подобные договоры заключенными, т. е. является ли оставление условия договора какого-либо договорного типа<sup>82</sup> открытым для будущих переговоров препятствием к тому, чтобы считать такой договор изначально возникшим<sup>83</sup>. Наиболее популярной иллюстрацией приведенного вопроса во всех рассматриваемых системах является договор купли-продажи с оставленным для будущего согласования условием о цене<sup>84</sup>, в отношении которого одна сторона заявляет о заключенности договора, несмотря на открытые

<sup>80</sup> См., напр.: Scottish Law Commission. Report on Review of Contract Law: Formation, Interpretation, Remedies for Breach, and Penalty Clauses. No. 252. 2018. Para. 4.15. URL: [http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1115/2222/5222/Report\\_on\\_Review\\_of\\_Contract\\_Law\\_-\\_Formation\\_Interpretation\\_Remedies\\_for\\_Breach\\_and\\_Penalty\\_Clauses\\_Report\\_No\\_252.pdf](http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1115/2222/5222/Report_on_Review_of_Contract_Law_-_Formation_Interpretation_Remedies_for_Breach_and_Penalty_Clauses_Report_No_252.pdf) (дата обращения: 20.09.2022).

<sup>81</sup> Число используемых в практике наименований велико и может варьироваться от простого наименования по типу договора, в котором открыто условие (например, договор купли-продажи), до различных узкокоммерческих наименований (см., напр.: *Furmston M. P., Norisada T., Poole J. Contract Formation and Letters of Intent*. Chichester: John Wiley, 1998. P. 148; а также: *Lake R. B., Draetta U. Letters of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms*. 2<sup>nd</sup> ed. Butterworths, 1994. P. 5–9. — Авторы отмечают «терминологическую анархию» в данной теме).

<sup>82</sup> А также непоименованного либо смешанного договора.

<sup>83</sup> Другой вопрос, а именно: влечет ли такой договор возникновение обязанности сторон договориться по открытым условиям, хотя иногда и ставится, но имеет более или менее определенный ответ во всех рассматриваемых системах. Этот ответ состоит в том, что обязаться договориться — невозможно (для права Шотландии см.: *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland*. Para. 2.15; для России см.: Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 2.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020. С. 398–399 (авт. коммент. к ст. 429.1 ГК РФ — А. Г. Карапетов); для UPICC см.: UPICC Commentary, 2015. P. 336). Вместе с тем данный вывод не исключает ответственности сторон за недобросовестные действия при ведении переговоров, хотя в Шотландии даже и это существенно ограничено влиянием английской позиции по делу *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128, что «концепция обязанности вести переговоры добросовестно по своей природе абсолютно несовместима с состязательным положением сторон при проведении переговоров» (другое мнение, но выраженное пока лишь в *obiter dictum* одного из судей, см. в шотландском деле *R & D Construction Group Limited v Hallam Land Management Limited* [2010] CSIH 96). Таким образом, в статье ставится вопрос о заключенности договора с открытыми условиями как *имущественно*-договора определенного типа (например, договора купли-продажи или оказания услуг), но не о его заключенности как *организационного* договора, порождающего обязанность сторон договориться. О различии данных «измерений» в сравнительном договорном праве см.: *Cases, Materials and Text on Contract Law* / H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers and S. Vogenauer. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford, UK: Hart Publishing, 2019. P. 329–330.

<sup>84</sup> См., напр., для России: Договорное право (общая часть)... С. 387. — Ссылка в следующей сноске — для UPICC и приведенные далее по тексту прецеденты — для Шотландии.

условия, а другая утверждает, что договор является слишком неопределенным, чтобы считать его заключенным<sup>85</sup>. В некоторых случаях ответ может следовать из самого договора<sup>86</sup>, когда, по выражению И. А. Покровского, стороны «сами стучатся в дверь гражданского правосудия»<sup>87</sup>, в других — из последующего поведения сторон<sup>88</sup>. Проблема возникает тогда, когда очевидные «подсказки» отсутствуют и стороны спорят по еще не исполненному договору, в котором указано лишь на желание согласовать открытые условия позднее.

Общий ответ на вопрос о квалификации такого «чистого» договора с открытыми условиями проще всего найти в UPICC, авторы которых прямо указывают на допустимость договоров с открытыми условиями. Немного сложнее найти нужную квалификацию в российском праве, так как единственная статья ГК РФ, посвященная договорам с открытыми условиями (ст. 429.1), ориентирована скорее не на них, а на рамочные договоры, однако принципиально как законодатель, так и доктрина в России предлагают считать договоры с открытыми условиями заключенными<sup>89</sup>. Комментаторы UPICC намекают, что признание договоров с открытыми условиями постулирует и шотландское договорное право<sup>90</sup>. Вместе с тем при обращении к последнему выясняется, что оно утверждает ровно обратное или, во всяком случае, не предлагает однозначного ответа на вопрос<sup>91</sup>.

Так, в одних источниках мы обнаруживаем указание на то, что право Шотландии следует общему правилу об отсутствии у договоров с открытыми условиями юридической силы. В обоснование обычно приводится цитата из английского дела *May & Butcher Ltd v The King*<sup>92</sup>, в котором виконт Данедин (*Viscount Dunedin*) предложил то, что он сам назвал «общий принцип договорного права»: «Чтобы договор состоялся, должна быть заключенная сделка, а заключенная сделка — это такая, которая регулирует все, что необходимо урегулировать, не оставляя пробелов, которые должны быть урегулированы соглашением между сторонами»<sup>93</sup>. В других не менее авторитетных источниках мы находим указание на то, что, хотя большинство правовых систем считают договоры с открытыми условиями слишком неопределенными, именно Шотландия является одним из редких исключений, чей подход в деле *R & J Dempster Ltd v Motherwell Bridge and Engineering Co Ltd*<sup>94</sup> может служить образцом в применении положений о договорах с открытыми условиями<sup>95</sup>. Наконец, в третьих источниках мы обнаруживаем, что Шотландия не просто допускает договоры с открытыми условиями, но даже склонна приписы-

<sup>85</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 336.

<sup>86</sup> Например, из оговорок о наличии намерения связать себя правоотношениями или оговоренных сторонами альтернативных (запасных) механизмов восполнения условий.

<sup>87</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 8-е изд. М.: Статут, 2020. С. 137.

<sup>88</sup> Например, из факта исполнения договора.

<sup>89</sup> Вопрос будет рассмотрен подробнее далее.

<sup>90</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 333.

<sup>91</sup> Далее мы увидим, что ответы в UPICC и российском праве также не столь однозначны, как это может показаться на первый взгляд.

<sup>92</sup> [1934] 2 KB 17. — Здесь и далее используется принятый в общем праве способ ссылок на прецеденты, когда название дела указывается по тексту, а ссылка на отчет по делу — в сноске. В случае прямых цитат из дел мы ссылаемся на конкретный параграф в том случае, если отчет по делу разделен на такие параграфы и если цитата приводится по первичному источнику, т. е. по отчету по делу, а не по иному тексту.

<sup>93</sup> [1934] 2 KB 17.

<sup>94</sup> 1964 SC 308.

<sup>95</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 333, fn. 264.

вать таким договорам юридическую силу вопреки намерению сторон заключить необязывающий договор<sup>96</sup>.

Чем объяснить такую разницу в позициях?

С одной стороны, тем, что указанные отношения в Шотландии урегулированы не кодексом или даже не обычным законом (статутом), а прецедентным правом, что само по себе не может не приводить к противоречивому и фрагментарному регулированию как минимум потому, что общеобязательное правило прецедента (*ratio decedenti*) формулируется не абстрактно, а применительно к существенным фактам каждого конкретного дела. Так, объясняя схожие противоречия в английском праве<sup>97</sup>, известный специалист по договорному праву Юэн Маккендрик (*Ewan McKendrick*) пишет: «Общее впечатление, которое оставляет изучение английского прецедентного права по вопросу договорной неопределенности (т. е. по центральному вопросу изучаемой темы. — *А. Х.*), состоит в том, что суды приняли достаточно фрагментарный подход, результатом которого стала высокая степень противоречивости в прецедентах. Суды не выводят общего правила, которое могло бы стать базисом для регулирования в этой области»<sup>98</sup>.

С другой стороны, мы заметили, что разница в подходах шотландского права может быть объяснена не только и столько пороками прецедентной системы, но и тем, что суды при рассмотрении споров по договорам с открытыми условиями каждый раз использовали разную «оптику», акцентируя внимание на тех или иных аспектах отношений сторон и в зависимости от этого решая, является ли договор с открытыми условиями заключенным договором или юридически безразличным документом. Используемые судами подходы мы в соответствии с имеющейся в Британии традицией<sup>99</sup> именуем в настоящей работе «тесты».

Как увидим ниже, эти тесты не являются специфической особенностью шотландского права и их в той или иной мере используют российское право и UPICC, где оценка договоров с открытыми условиями также не является столь одномерной, какой она представлена выше. Обратимся к этим тестам.

### 2.3. Три теста

Всего мы выделили три теста, которые применяются в праве Шотландии, чтобы определить, является ли договор с открытыми условиями заключенным: во-первых, тест на определение существенности открытого условия, во-вторых, тест на возможность объективного восполнения (имплементации) открытого условия и, в-третьих, тест на наличие у сторон намерения создать правовые отношения. Последовательность расположения нами тестов не является случайной, однако она основывается не на порядке их применения шотландскими судами (такой порядок нами не обнаружен), не на их «надежности» (тем более что тесты могут применяться совместно<sup>100</sup>), а на авторитете источников, в которых они содержатся

---

<sup>96</sup> *Black G.* Formation of Contract: The Role of Contractual Intention and Email Disclaimers // *Juridical review*. 2011. P. 105.

<sup>97</sup> На английском праве в значительной степени основывается право Шотландии вообще и по исследуемому вопросу в частности, а потому многие из замечаний в отношении английского права (особенно замечания методологического характера) будут *mutatis mutandis* актуальны и в отношении права Шотландии.

<sup>98</sup> *McKendrick E.* Contract Law. London: Macmillan Education UK, 2019. P. 55.

<sup>99</sup> В качестве примеров можно привести тест *business efficacy* и тест на возможность имплементации договорного условия.

<sup>100</sup> Хотя одной из проблем, как мы увидим, является именно то, что тесты чаще всего применяются по отдельности.

(в порядке убывания): первый тест основывается на блоке признанных высшими шотландскими судами английских прецедентов, второй — на *obiter dictum* судьи высшего апелляционного суда Шотландии (Внутренней палаты Сессионного суда), третий — уже во многом на систематизированных в науке позициях шотландского суда первой инстанции (Внешней палаты Сессионного суда). Рассмотрим эти тесты подробнее.

### **2.3.1. Тест на существенность<sup>101</sup> открытого условия**

#### **2.3.1.1. Существенные условия в Шотландии**

Прежде чем обратиться к тесту, предполагающему определение существенности открытого условия, необходимо пояснить, каким образом право Шотландии определяет существенные условия, тем более что такое регулирование может выглядеть для российского юриста непривычно.

Общее правило заключения договоров в Шотландии состоит в том, что договор заключается, когда стороны достигают согласия по существенным условиям договора (*the essentials of the contract*), именуемого также консенсус *in idem*<sup>102</sup>. На первый взгляд указанная формулировка напоминает п. 1 ст. 432 ГК РФ, в соответствии с которым договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Вместе с тем более детальное обращение к вопросу обнаруживает два существенных отличия.

Во-первых, договорное право Шотландии не определяет общего для всех договоров перечня существенных условий<sup>103</sup>, чаще всего просто отсылая к обстоятельствам конкретного дела<sup>104</sup>. Редкие же тексты, в которых обнаруживается указание на перечень общих для всех договоров существенных условий, таких как предмет и цена<sup>105</sup>, не должны вводить в заблуждение: они обычно следуют за перечнем существенных условий конкретных договоров<sup>106</sup> и скорее обобщают их, чем формулируют общее правило.

Во-вторых, существенные условия в Шотландии являются не частью привычной для российского юриста трихотомии «существенные, обычные и случайные

---

<sup>101</sup> Если далее специально не оговорено иное, под существенными условиями мы будем подразумевать условия, названные таковыми в шотландском праве (*essentials required by law*, иногда называемые в России объективно существенными условиями), отделяя их таким образом от существенных условий, которые становятся таковыми, если стороны настаивают на их согласовании (в России их именуют субъективно существенными условиями). О различии объективно и субъективно существенных условий на примере Германии и России см.: *Крашенинников Е. А., Байгушева Ю. В.* Заключение договора // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 5.

<sup>102</sup> *MacQueen H. L.* Contract Law in Scotland. Para. 2. 13.

<sup>103</sup> Ср., напр., с п. 1 ст. 432 ГК РФ, где условие о предмете указано в качестве существенного условия любого договора.

<sup>104</sup> Споры о существенности того или иного условия возникают по конкретным делам и в российском праве (см., напр.: Договорное право (общая часть)... С. 668–669; см. также: *Степанова И. Е.* Существенные условия договора: проблемы законодательства // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2007. № 7), однако исходной позицией является определение таких условий в законе (см. п. 1 ст. 432 ГК РФ).

<sup>105</sup> См., напр.: *Scottish Law Commission*... Para. 4–10.

<sup>106</sup> При этом существенные условия конкретных договорных типов, в свою очередь, формулируются достаточно расплывчато (см., напр.: *McBryde W. W.* The Law of Contract in Scotland. Para. 5–15 («Договор купли-продажи обычно требует среди прочего (курсив мой. — А. Х.) соглашения о цене...»)).

условия»<sup>107</sup>, а элементом более простого дихотомического деления условий на существенные и несущественные (вторичные). Это рождает недопустимые для российского права конфигурации, как, например, когда условие называется существенным (*essentialia negotii*), но ведет себя как обычное (*naturalia negotii*)<sup>108</sup>.

При рассмотрении теста на существенность условия мы увидим, как проявляют себя приведенные особенности.

### 2.3.1.2. Тест

Самым известным примером применения теста на существенность открытого условия является упомянутое выше английское дело *May & Butcher Ltd v The King*<sup>109</sup>, приводимое во многих шотландских источниках как ведущий прецедент по вопросу<sup>110</sup>. В этом деле стороны заключили договор купли-продажи, указав, что цена будет согласована ими позднее. Из приведенного выше и часто цитируемого фрагмента *May & Butcher Ltd v The King* не очевидно, на каком основании (помимо самого факта открытости условия) суд пришел к выводу о незаключенности договора, однако из полного текста отчета по делу (*case report*) становится понятно, что ключевым критерием, позволившим суду квалифицировать договор как незаключенный, была именно существенность открытого условия<sup>111</sup>. Так, суд пишет: «В соответствии с общим договорным правом должны быть урегулированы все существенные вопросы. Основные моменты могут варьироваться в зависимости от конкретного рассматриваемого договора. Здесь мы имеем дело с продажей, а цена, несомненно, является одним из существенных элементов продажи, и если она все еще остается на соглашении между сторонами, то договора нет»<sup>112</sup>.

Приведенное решение кажется вполне логичным с точки зрения российского права. Например, если существенное для продажи недвижимости условие о цене не согласовано, то российский суд также не может констатировать заключенность договора, так как для этого потребовалось бы восполнять условие о цене на основании п. 1 ст. 424 ГК РФ, что, в свою очередь, не допускается п. 1 ст. 555 ГК РФ. Вместе с тем, как было отмечено, подход шотландского права в отношении существенных условий и возможности их восполнения отличается: в частности,

---

<sup>107</sup> Различие между *essentialia*, *naturalia* и *accidentalialia negotii* было выработано в Средние века под влиянием аристотелевской логики (см.: *Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Juta, 1992. P. 234, fn. 37) и принято не только в России (см., напр.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения*. М.: Статут, 2020. Кн. 1. С. 296–341 (авт. разд. — М. И. Брагинский), где автор отмечает доминирование в советской и российской доктрине трехчленного деления, высказывая, впрочем, его критику), но и в Германии (см., напр.: *Крашенинников Е. А., Байгушева Ю. В. Заключение договора*), однако не выделяется столь четко в УРПС.

<sup>108</sup> В России тезис о недопустимости подобных сочетаний иногда оспаривается и предлагается введение категории «восполнимых существенных условий». Как справедливо отмечает А. Г. Карапетов, это противоречит самой природе *essentialia negotii*, так как такие условия по своей сути невозможны, а если они возможны, то становятся уже не существенными, а обычными (Договорное право (общая часть)... С. 673).

<sup>109</sup> [1934] 2 KB 17.

<sup>110</sup> См., напр.: *Scottish Law Commission... Para. 4–15; Stair's Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*. Vol. 20. Para. 818. URL: <https://lexisweb.co.uk/sources/stair-memorial-encyclopaedia> (дата обращения: 20.08.2022).

<sup>111</sup> Подтверждением этой мысли, помимо приведенной далее по тексту цитаты дела, является то, что в одном из самых авторитетных сочинений по договорному праву Шотландии указанное дело рассматривается в разделе «Несоответствие предусмотренных правом существенных условий» (*McBryde W. W. The Law of Contract in Scotland*. Para. 5–11).

<sup>112</sup> [1934] 2 KB 17.

действующий Закон о купле-продаже 1979 г.<sup>113</sup> не запрещает ни английским, ни шотландским судам восполнять пропущенные существенные условия, включая условие о цене. Почему же тогда в деле *May & Butcher Ltd v The King* суд посчитал, что договор купли-продажи в отсутствие условия о цене не является заключенным?

Палата лордов приводит следующее объяснение описанного противоречия: «Несомненно, что касается товаров, Закон о продаже товаров 1893 г. говорит, что если цена не указана и не установлена в договоре, она должна быть разумной ценой<sup>[114]</sup>. Простой ответ в настоящем деле заключается в том, что Закон о продаже товаров предусматривает молчание по этому вопросу, тогда как здесь нет молчания, потому что есть положение о том, что две стороны должны прийти к соглашению»<sup>115</sup>. Иными словами, такая особенность существенных условий в Шотландии, как их восполнимость, не подрывает основания рассматриваемого теста<sup>116</sup>, поскольку суд откажется восполнять существенное условие в тех случаях, когда оно является открытым для будущих переговоров.

Другая особенность существенных условий в Шотландии, а именно отсутствие четкого перечня таких условий и возможность определять их *ad hoc*, несет большой потенциал угрозы рассматриваемому тесту. Так, в шотландском деле *R & J Dempster Ltd v Motherwell Bridge and Engineering Co Ltd* судья, квалифицируя открытое условие о цене договора, по всем признакам являющегося договором купли-продажи, отказывается применять позицию из дела *May & Butcher Ltd v The King* и говорит: «В этих обстоятельствах, на мой взгляд, согласование цены <...> вообще не являлась существенным элементом этого договора»<sup>117</sup>.

С одной стороны, нельзя не заметить, что дело *R & J Dempster Ltd v Motherwell Bridge and Engineering Co Ltd* размывает ключевой «измеритель» рассматриваемого теста, а именно категорию существенных условий, предлагая не считать существенным условие, которое является таковым в силу прямого указания закона. Тем самым дело в очередной раз подтверждает подвижность в шотландском праве категории существенных условий<sup>118</sup>. С другой стороны, едва ли можно сказать, что дело *R & J Dempster Ltd v Motherwell Bridge and Engineering Co Ltd* предлагает принципиальный отказ от теста на существенность открытия условия<sup>119</sup>. В действительности суд лишь воспользовался очевидным следствием *ratio* дела *May & Butcher Ltd v The King*: если пробел в отношении существенного условия приводит к незаключенности договора, то, когда пропущенное условие не является существенным, договор, наоборот, должен считаться принудительно исполнимым.

Таким образом, тест на существенность условия из дела *May & Butcher Ltd v The King* остается для шотландского права наиболее актуальным. И хотя английское прецедентное право, на котором основан этот тест, наряду с ним зачастую предлагает ровно противоположные решения и в целом очень широкую

---

<sup>113</sup> Sale of Goods Act 1979.

<sup>114</sup> Аналогичные указания содержит ныне действующий Закон о купле-продаже 1979 г. (см. выше).

<sup>115</sup> [1934] 2 KB 17.

<sup>116</sup> Однако все-таки, как будет пояснено ниже, влияет на него.

<sup>117</sup> 1 147 LT 503. P. 512.

<sup>118</sup> Хотя и нельзя отрицать, что обоснование, позволившее суду прийти к выводу о несущественности конкретного рассматриваемого в деле условия, было очень спорным и в основном сводилось к ссылке на то, что «в особых рыночных условиях, действовавших при заключении этого договора, было согласовано все необходимое» (см., напр.: *Stair's Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, Vol. 20. Para. 818, — где авторы хотя и ссылаются на это дело, но упоминают об «особых рыночных условиях»).

<sup>119</sup> Как считают, например, здесь: *UPICC Commentary*, 2015. P. 333.

палитру взглядов на договоры с открытыми условиями<sup>120</sup>, именно указанное дело остается для Шотландии одним из базовых источников по рассматриваемому вопросу, цитируемых и в трактатах по шотландскому договорному праву<sup>121</sup>, и в отчетах Шотландской правовой комиссии<sup>122</sup>, и даже, как мы видели выше, шотландскими судами.

Большую роль характеру пропущенного условия придает и российское право. Так, даже если существенное условие не настолько фундаментально, как предмет, его пропуск, как показано выше, тем не менее будет приводить к выводу о незаключенности договора, причем даже в том случае, если стороны прямо выразили намерение связать себя правовыми отношениями, несмотря на пробел<sup>123</sup>.

По сравнению с шотландским и российским правом наименьшую роль существенности пропущенного условия, кажется, придает UPICC. Прежде всего, сама эта категория в унификации достаточно размыта и сводится к требованию ст. 2.1.2 UPICC о «достаточно определенной» оферте. Существенность пропущенного условия если и оценивается, то опосредованно, а именно для определения того, имели ли стороны намерение связать себя правовыми отношениями<sup>124</sup>.

### 2.3.1.3. Проблемы теста

Нетрудно заметить, что тест на существенность акцентирует внимание лишь на том, являлось ли пропущенное условие объективно существенным. Вместе с тем существенными в Шотландии могут быть не только условия, признанные таковыми в силу объективного права (т.е. объективно существенные условия), но и такие, в отношении которых стороны желают достигнуть соглашения<sup>125</sup> (т.е. субъективно существенные условия). Действительно, в шотландском праве признается, что в сделках, и особенно в коммерческих сделках, в качестве существенных часто рассматривается «весь пакет» (whole package) условий<sup>126</sup>. В связи с этим, даже если речь идет о пропущенном объективно несущественном условии, такое условие все равно не может считаться согласованным, так как самим фактом его открытия для будущих переговоров стороны манифестируют его существенность (субъективную)<sup>127</sup>. Вместе с тем нельзя не заметить, что последнее обстоятельство игнорируется и иными рассматриваемыми в работе правовыми системами.

Так, например, в России одновременно сосуществуют положение абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ, которое называет существенными в том числе «все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение», и достаточно распространенная точка зрения о возможности восполнения судом открытого для дальнейших переговоров обычного условия договора (*naturalium negotii*), как, например, условия о цене<sup>128</sup>. Точно так же авторы UPICC декларируют, что всякое условие, в отношении которого стороны планируют до-

<sup>120</sup> *McKendrick E. Contract Law. P. 55.* — Обзор релевантных прецедентов в переводе на русский язык см.: *Дубинчин А. А. Английское контрактное право: статуты, прецеденты, комментарии. Заключение договора. Ч. 1.* Екатеринбург: Уральский рабочий, 2015. С. 188–247.

<sup>121</sup> См., напр.: *McBryde W. W. The Law of Contract in Scotland. Para. 5–11.*

<sup>122</sup> *Scottish Law Commission... Para. 4.15.*

<sup>123</sup> *Договорное право (общая часть)... С. 385–386.*

<sup>124</sup> См. официальный комментарий к ст. 2.1.14 UPICC.

<sup>125</sup> *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland. Para. 2–18.*

<sup>126</sup> *McBryde W. W. The Law of Contract in Scotland. Para. 5–34.*

<sup>127</sup> И, как следствие, демонстрируют отсутствие намерения быть связанными правовыми отношениями, которое также подспудно игнорируется данным тестом.

<sup>128</sup> См., напр.: *Коблов А. С. Рамочный договор и договор с открытыми условиями как комплексные договорные конструкции // Закон. 2013. № 1.* — Возможность восполнения договора с откры-

стигнуть договоренность, является существенным (ст. 2.1.13 UPICC), и одновременно провозглашают возможность восполнения условий, открытых сторонами для дальнейших переговоров (ст. 2.1.14 UPICC).

Вместе с тем обращение к сравнительно-правовому материалу не способно оправдать обсуждаемый порок шотландского теста на существенность открытого условия. Что касается аналогий с российским правом, то авторы, придерживаясь общепринятой позиции выше, на наш взгляд, не учитывают то, каким образом ГК РФ описывает категорию субъективно существенных условий, ведь ст. 432 ГК РФ называет субъективно существенными всякие условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение, что а fortiori применимо к ситуации, когда о необходимости достижения соглашения по условию объявляют обе стороны<sup>129</sup>. Что касается UPICC, то нельзя не заметить, что даже при всей его ярко выраженной политике сохранения договоров и следующей из нее ограничительной формулировки нормы о субъективно существенных условиях (ст. 2.1.13 UPICC) авторы унификации допускают возможность восполнения таких условий только при соблюдении ряда требований, включая принципиальную восполнимость открытых условий и доказанное намерение сторон связать себя правовыми отношениями. В рамках рассмотрения следующих тестов мы увидим, как к необходимости соблюдения таких требований относится право Шотландии.

### **2.3.2. Тест на возможность объективного восполнения (имплементации) открытого условия**

#### **2.3.2.1. Восполнение (имплементация) условий в шотландском праве**

Несмотря на глубокую укорененность теста на существенность открытого условия, он не является единственным применяемым в Шотландии способом определить, заключен ли договор с открытыми условиями, и иногда фокус смещается на вопрос объективной возможности имплементации открытого условия. Основания такого подхода можно найти как во взятых для сравнения системах, так и в шотландском праве.

Действительно, как ГК РФ<sup>130</sup> и UPICC<sup>131</sup>, так и шотландское право не требуют от сторон включать в договор все условия своего будущего взаимодействия. Вместо этого сторонам предлагается набор условий, которые применяются по умолчанию: в диспозитивных нормах в России, в «нормах-заполнителях» (gap-fillers) в UPICC и в «нормах по умолчанию»<sup>132</sup> — в Шотландии.

Вместе с тем все указанные системы ограничивают применение восполняющих норм для договоров с открытыми условиями. Так, в соответствии с российским правом такие нормы как минимум не могут применяться в том случае, если пропущенное условие является объективно существенным<sup>133</sup>, а в соответствии с UPICC «нормы-заполнители» нельзя применять, если стороны не продемонстрировали намерение быть связанными правовыми отношениями<sup>134</sup>. Как видно из предыдущего раздела настоящей статьи, шотландское право, казалось бы, от-

---

тыми условиями поддерживается также А. Г. Карапетовым, хотя и с оговоркой о необходимости выявления намерения сторон (Договорное право (общая часть)... С. 387–388.

<sup>129</sup> См. подробнее: Хуззяттов А. А. Рамочный договор (договор с открытыми условиями) // Петербургская цивилистика 2. 1. Сборник научных работ. М.: М-Логос, 2020. С. 294–296.

<sup>130</sup> См., напр.: п. 2 ст. 314; п. 3 ст. 424 ГК РФ.

<sup>131</sup> См., напр.: ст. 4.8, 5.1.2 UPICC.

<sup>132</sup> Scottish Law Commission... Para. 4.3.

<sup>133</sup> См.: абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ, а также раздел 2.3.1. настоящей статьи.

<sup>134</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 338.

ражает аналогичный российскому праву подход, не позволяя восполнять условия по крайней мере в тех случаях, когда они являются объективно существенными. Рассматриваемый в настоящем разделе тест, однако, пытается подвинуть эту границу.

### 2.3.2.2. Тест

Тест на восполнимость открытого условия предлагает для определения того, заключен ли договор с открытыми условиями, обращаться прежде всего не к степени существенности открытых условий, а к тому, являются ли такие условия объективно (т. е. без участия сторон) восполнимыми. Данный тест был предложен судьей лордом Драммондом Янгом (Drummond Young) в получившем известность в Шотландии решении Внутренней палаты Сессионного суда по делу *R & D Construction Group Limited v Hallam Land Management Limited*<sup>135</sup>.

Само по себе дело *R & D Construction Group Limited v Hallam Land Management Limited*<sup>136</sup> непосредственно не касалось договоров с открытыми условиями. В нем ответчик лишь пытался апеллировать к данному понятию, чтобы обосновать отсутствие юридической силы у спорного договора как являющегося недостаточно определенным «соглашением согласиться». Хотя довод был единогласно отвергнут применительно к обстоятельствам дела, вышеупомянутый судья решил высказать свое попутное замечание (*obiter dictum*) по поводу допустимости договора, в котором стороны оставляют условие открытым для дальнейших переговоров, чем и заложил основы для рассматриваемого теста.

Рассуждения лорда Янга начинаются с обычного для таких дел обзора действующих (и в основном английских) источников, включая рассмотренное выше дело *May & Butcher Ltd v The King*. Но если последнее основывалось на том, что минимальным требованием к договору является согласование существенных условий, то лорд Янг говорит: «Критический минимум, на мой взгляд, заключается в том, что должно существовать договорное обязательство, которое можно измерить по объективным критериям»<sup>137</sup>. На этом основании лорд Янг, в частности, заключает: «...если цена не согласована, обычно можно сделать вывод, что следует заплатить разумную цену или рыночную цену»<sup>138</sup>. Как следует из других приведенных судьей примеров<sup>139</sup>, восстановить можно любые условия, как вторичные, так и существенные, достаточно лишь, чтобы право предоставляло объективный механизм их восполнения. И только в случае, если речь идет о предмете (цели) договора либо о невозможности «придать объективное содержание предполагаемому обязательству»<sup>140</sup>, договор должен считаться незаключенным.

---

<sup>135</sup> [2010] CSIH 96. — Для оценки значения дела для практики см., напр., анонс дела от старшей юридической фирмы Шотландии: URL: <https://www.shepwedd.com/knowledge/agreements-agree-enforceable-or-not> (дата обращения: 10.10.2022).

<sup>136</sup> [2010] CSIH 96.

<sup>137</sup> Ibid. Para. 72.

<sup>138</sup> Ibid. Para. 74.

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Примеры в деле касаются «условий покупки в рассрочку» и «стандартного обеспечения» (*R & D Construction Group Limited v Hallam Land Management Limited* [2010] CSIH 96. Para. 75). В целом объективную невосполнимость считают в шотландском договорном праве очень редкой (см.: *Scottish Law Commission... Para. 4.15, fn. 19*).

Предложенный тест кажется практически удобным: в случае, если имеет место спор сторон в отношении открытого условия, суду не нужно вдаваться ни в вопросы существенности условий, ни в договорные намерения сторон. Более того, тест соответствует принятому в Шотландии<sup>141</sup> принципу сохранения договоров (*favor contractus*), выраженному в известной фразе судьи Внутренней палаты Сессионного суда лорда президента Клайда (Lord President Clyde) о том, что «сущность предпринимательства состоит в заключении сделок, и незаключенные договоры являются исключениями, а не правилами»<sup>142</sup>, ставшей идеологической основой рассмотренной выше позиции<sup>143</sup>. Вместе с тем, как и предыдущий, этот тест, на наш взгляд, содержит ряд противоречий и с точки зрения права Шотландии, и с точки зрения сравнительного права.

### 2.3.2.3. Проблемы теста

Как было отмечено, тест на исполнимость открытого условия содержит в себе несколько серьезных противоречий.

Во-первых, тест практически полностью дезавуирует и без того ослабленную в Шотландии категорию существенных условий. Так, если дело *May & Butcher Ltd v The King* предполагало игнорирование категории субъективно существенных условий, но хотя бы признавало важность объективно существенных пунктов договора<sup>144</sup>, то, исходя из позиции лорда Янга, не имеет значения и отсутствие консенсуса по объективно существенным условиям, ведь они почти всегда могут быть исполнены. Пренебрежение столь фундаментальными договорными условиями может, на наш взгляд, привести к тому, что договоры, вопреки известной максиме<sup>145</sup>, будут заключаться не сторонами, а судами. Как было показано выше, не только российское право, но даже очень либеральная ст. 2.1.14 UPICC не допускает столь вольного подхода к категории существенных условий.

Во-вторых, такой подход игнорирует намерение сторон определить пропущенные условия не с помощью имплементации, а самостоятельно. Такая позиция представляется тем более странной, что упомянутый Закон о купле-продаже 1979 г. не позволяет имплементировать цену даже в том случае, если ее не согласовало номинированное сторонами третье лицо<sup>146</sup>; было бы тем более непоследовательно позволять имплементацию там, где условие не согласовали сами стороны, ведь в таком случае пришлось бы прийти к парадоксальному выводу, что намерение сторон согласовать условие самостоятельно уважается правом меньше, чем намерение тех же сторон исполнить условие с помощью экспертизы третьего лица.

Со сравнительно-правовой точки зрения такой подход также трудно оправдать: и российский законодатель, и авторы UPICC если и допускают исполнение

---

<sup>141</sup> Наряду, впрочем, со многими другими юрисдикциями, включая в значительной степени и Россию (о приверженности авторов UPICC принципу *favor contractus* упомянуто выше).

<sup>142</sup> См., напр.: *McBryde W. W. The Law of Contract in Scotland*. Para. 5–21 (со ссылкой на дело *R & J Dempster Ltd v Motherwell Bridge and Engineering Co Ltd 1964 SC 308*); *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland*. Para. 2–18.

<sup>143</sup> *R & D Construction Group Limited v Hallam Land Management Limited [2010] CSIH 96*. Para. 71 (в данном параграфе судья приводит упомянутую цитату).

<sup>144</sup> Не допуская признания договоров, где такие условия были открыты для дальнейших переговоров (см. об этом выше).

<sup>145</sup> См., напр.: UPICC Commentary, 2015. P. 339.

<sup>146</sup> См. секцию 9 указанного Закона; см. также: *Stair's Laws of Scotland...*

открытых условий (в отдельных случаях), то требуют для этого доказательств соответствующего намерения сторон. К последнему, а именно к определению *animus obligandi*, впрочем, иногда обращаются и в шотландском договорном праве, даже основывая на нем отдельный тест. Обратимся к нему.

### **2.3.3. Тест на наличие у сторон намерения создать правовые отношения**

#### **2.3.3.1. Намерение сторон создать правовые отношения как требование к заключенному договору в Шотландии**

Как указано в авторитетной «Энциклопедии Стэйра» (*Stair Encyclopaedia*) по шотландскому праву, в отдельных случаях «необходимо решить, намеревались ли стороны отказаться от всего соглашения или же они намеревались заключить обязывающий договор, хотя некоторые детали еще не решены»<sup>147</sup>. К таким «отдельным случаям», безусловно, относится и договор с открытыми условиями, что демонстрирует, например, то внимание, какое намерению сторон уделяет ст. 2.1.14 UPICC<sup>148</sup>. Почему же тогда тест на наличие у сторон намерения быть связанными правовыми отношениями стоит в этой работе и, по всей видимости, в праве Шотландии на последнем месте?

Дело в том, что, хотя намерение сторон вступить в правовые отношения и называется в шотландском праве одним из двух «ингредиентов», способных превратить простое соглашение в обязывающий договор, в связи с его субъективным и потому трудно доказуемым характером внимание в основном акцентируется на другом «ингредиенте», а именно на наличии консенсуса по существенным условиям<sup>149</sup>. Намерение же сторон вступить в правовые отношения в подавляющем большинстве случаев остается за скобками как презюмируемое<sup>150</sup>. В результате исследователи задаются вопросом о том, требует ли вообще право Шотландии выявлять это намерение<sup>151</sup>. Тот же вопрос, как представляется, можно задать и в отношении российского договорного права, где намерение будет презюмироваться во всяком случае, за исключением, пожалуй, семейно-бытовых и шуточных договоренностей.

Наряду с этим *animus obligandi* в последнее время стал приобретать в Шотландии все большее значение<sup>152</sup>, в том числе в делах, связанных с договорами с открытыми условиями. Причина такого сдвига, вероятно, может быть объяснена тем, что подобные дела стали показывать, что привычная презумпция намерения сторон создать правовые отношения опровергается слишком часто, а потому больше не может использоваться как «индуктивно вероятное предположение, основанное на статистической связи презюмируемого факта с фактом действительным»<sup>153</sup>, коим называют презумпцию. Кроме того, при использовании презумпции суды столкнулись с тем, чего раньше почти не происходило, а именно с попыткой ее опровержения, в связи с чем им пришлось вырабатывать критерии оценки «веса» доказательств, способных опровергнуть презумпцию.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> В отношении UPICC описано ниже. В России же данному параметру уделяется меньше внимания.

<sup>149</sup> *Black G. Formation of Contract...* P.98–99.

<sup>150</sup> *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland.* Para. 2.12.

<sup>151</sup> *McBryde W. W. The Law of Contract in Scotland.* Para. 5–02.

<sup>152</sup> *Black G. Formation of Contract...* P.99.

<sup>153</sup> Кузнецова О. А. Презумпции в гражданском праве. СПб., 2004. С. 231.

### 2.3.3.2. Тест

При невозможности или неэффективности использования презумпции намерения сторон создать правовые отношения или для оценки доказательств, представленных в опровержение презумпции, суды в Шотландии используют объективный подход. Как пишет Шотландская правовая комиссия, «намерение создать правоотношения определяется объективно и не зависит от наличия действительного намерения сторон»<sup>154</sup>, что выражается в часто цитируемой в текстах по шотландскому договорному праву фразе лорда президента Данедина (Lord President Dunedin) о том, что «коммерческие договоры не могут заключаться в зависимости от того, что люди думают в глубине души. Коммерческие договоры заключаются в соответствии с тем, что люди говорят и делают»<sup>155</sup>. По каким признакам определяется это объективное намерение? Общий ответ звучит так: «По любым». Другими словами, для определения судом объективного намерения сторон релевантными являются все обстоятельства дела<sup>156</sup>. Вместе с тем в прецедентном праве Шотландии особенно выделяются три главных доказательства, маркирующих наличие или отсутствие у сторон намерения заключить обязывающий договор.

Во-первых, как это ни очевидно, для определения намерения суды обращают внимание на то, оформили ли стороны свое соглашение в письменном виде. Так, в деле *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd*<sup>157</sup> Внешняя палата Сессионного суда подчеркнула, что право требует «какое-то указание сторон, из их слов или поведения, что они на самом деле намеревались быть связанными, несмотря на неформальность их письменного документа. Такая позиция a fortiori применима к ситуации, когда письменный документ отсутствует вовсе»<sup>158</sup>.

Во-вторых, доказательством намерения сторон может выступать ссылка на обычай и практику конкретной отрасли. Хотя в качестве источника позиции обычно приводится крайне спорное решение *R & J Dempster Ltd v Motherwell Bridge & Engineering Co Ltd*<sup>159</sup>, такой тест может в отдельных случаях помочь суду определить характер документа, например, по присвоенному ему и имеющему определенную коннотацию названию. Так, в коммерческой практике стороны часто подписывают главы соглашений (*heads of agreements*) или главы условий (*heads of terms*), которые даже в отсутствие соответствующей оговорки принято считать необязывающими документами<sup>160</sup>.

В-третьих, в качестве объективных доказательств того, что *animus obligandi* имеется, могут выступать даже не общие обычаи и практика, а обычаи и практика самих сторон, которые были выявлены в истории их предыдущих взаимоотно-

---

<sup>154</sup> Scottish Law Commission... Para. 4.12.

<sup>155</sup> *Muirhead and Turnbull v Dickson* (1905) 7 F.686. Para. 694 (цит. по: *Black G. Formation of Contract*... P. 101).

<sup>156</sup> *Ibid.* P. 104.

<sup>157</sup> [2008] CSON 140; 2009 S.L. T.494.

<sup>158</sup> *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd*... Para. 58 (цит. по: *Black G. Formation of Contract*... P. 104).

<sup>159</sup> 1964 SC 308. — В этом деле, как мы указывали выше, суд не просто оправдал «соответствующими рыночными условиями» намерение сторон быть связанными правовыми отношениями, но и признал договор купли-продажи «иным договором», а условие о цене — несущественным условием этого «иного договора».

<sup>160</sup> Хотя, как показано ниже, в деле *Latta v Burns* [2004] ScotCS 27 это было проигнорировано и суд установил намерение сторон, исходя из других обстоятельств, включая письменную форму соглашения.

шений. Так, например, в деле *WS Karoulias SA v Drambuie Liqueur Co Ltd*<sup>161</sup> Внешняя палата Сессионного суда признала, что, поскольку все предыдущие четыре договора, заключенные сторонами, были оформлены в письменном виде, несоблюдение письменной формы в пятом договоре свидетельствовало об отсутствии у сторон необходимого договорного намерения<sup>162</sup>.

Что касается сравнительно-правовой перспективы, следует отметить, что тест на наличие *animus obligandi* достаточно редко используется в российском праве, хотя, вероятно, такие факторы, как предпринимательский контекст и оформление договора в письменной форме, будут влиять на решение суда о признании договора с открытыми условиями заключенным<sup>163</sup>. В случае же с UPICC вопрос намерения сторон становится ключевым: им открывается и закрывается ст. 2.1.14 о договорах с открытыми условиями. Отмечается, что указанная норма «прямо основана на намерении сторон. Это обеспечивает доктринальную основу для создания договора в отсутствие соглашения по условиям, которые в ином случае считались бы существенными, и обеспечивает доктринальную защиту от аргумента о том, что договор изначально был незаключенным в связи с неопределенностью или отсутствием нередуцируемого ядра “достаточности”, необходимого для констатации возникновения обязывающего договора»<sup>164</sup>. Официальный комментарий к UPICC предлагает выводить намерение из таких обстоятельств, как «несущественный характер рассматриваемых условий, степень определенности соглашения в целом, тот факт, что открытые условия относятся к пунктам, которые по самой своей природе могут быть определены только на более позднем этапе, и т. д.», а в научных комментариях также среди прочего отмечают упомянутую выше важность письменного документа<sup>165</sup>.

### 2.3.3.3. Проблемы теста

Как ни странно, но ключевая проблема теста на намерение состоит в том, что суды в Шотландии, руководствуясь политикой *favor contractus* и вооружившись общей презумпцией серьезности намерения в коммерческих отношениях, бывают склонны решать такой тест в пользу сохранения договоров с открытыми условиями даже тогда, когда стороны достаточно явно выразили обратное намерение.

Это хорошо иллюстрирует дело *Latta v Burns*<sup>166</sup>, стороны которого заключили договор с открытыми условиями и дали документу наименование «Основные положения» (*Heads of agreement*), которое, как было отмечено, в коммерческой практике обычно ассоциируется с не имеющим юридической силы документом. Несмотря на это, суд посчитал, что доказательств отсутствия намерения сторон не вступать в правовые отношения недостаточно.

Более того, тест может быть не чувствителен даже к общепринятым в коммерческой практике Великобритании прямым оговоркам об отсутствии договорного намерения. Так, например, шотландскими судами не признается такой распространенный в Англии способ демонстрации отсутствия договорного намерения,

<sup>161</sup> [2004] ScotCS 189.

<sup>162</sup> *Black G. Formation of Contract...* P. 105.

<sup>163</sup> См., напр.: *Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации*. [Электронное издание. Редакция 2.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2022. С. 86–88. URL: <https://m-lawbooks.ru/product/ispolnenie-i-prekraschenie-obyazatelstva/> (дата обращения: 01.08.2022).

<sup>164</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 335.

<sup>165</sup> *Ibid.* P. 334.

<sup>166</sup> [2004] ScotCS (приводится по: *Black G. Formation of Contract...* P. 102).

как оговорка «под условием заключения договора» (subject to contract)<sup>167</sup>, в связи с чем сторонам приходится использовать более широкие и менее предсказуемые формулировки, выражающие их нежелание быть связанными правовыми отношениями<sup>168</sup>.

Осознавая аналогичную проблему<sup>169</sup>, авторы UPICC в противовес крайне благоприятному подходу унификации к договорам (favor contractus) включили в UPICC ст. 2.1.13, позволяющую сторонам сделать оговорку о том, что «договор не будет заключен до тех пор, пока не будет достигнуто соглашение по конкретным вопросам в определенной форме», тем самым давая им право реализовать ту часть принципа свободы договора, которая отвечает за свободу от договоров<sup>170</sup>. Аналогичную норму предлагает в качестве законопроекта Шотландская правовая комиссия<sup>171</sup>, признающая, что в настоящее время такого рода заявления не всегда являются эффективными<sup>172</sup>.

#### 2.4. Три теста: итог

Как видим, противоречивый на первый взгляд подход шотландского права к договорам с открытыми условиями может быть прояснен, если выявить тесты, которыми пользуются суды для квалификации таких договоров. Мы обнаружили три таких теста<sup>173</sup> и увидели, что каждый из них имеет свои основания<sup>174</sup> не только с точки зрения права Шотландии, но и в свете принятой в работе сравнительно-правовой перспективы.

Вместе с тем, даже обнаружив тесты, с помощью которых шотландские суды определяют наличие или отсутствие юридической силы у договоров с открытыми условиями, мы все еще должны ответить на вопрос: в какой последовательности применяются такие тесты? К сожалению, ответ будет состоять в том, что *de lege lata* право Шотландии не просто прямо не устанавливает последовательности применения указанных тестов, но даже не обязывает судей применять их совместно. Во многом именно с этим связаны описанные в предыдущих разделах недостатки каждого из описанных тестов, не рассчитанных на автономное применение.

Давать предложения *de lege ferenda* для права другой страны — слишком амбициозная задача. Вместе с тем нельзя не отметить, что с учетом вышеизложенного эффективное применение тестов предполагает не просто их совокупное использование, но и требует определенной последовательности их применения, которая, на наш взгляд, могла бы выглядеть следующим образом.

В первую очередь суды могли бы применять тест на существенность открытого условия: если открытое условие оказывается по крайней мере объ-

---

<sup>167</sup> См., напр.: *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland*. Para. 2–12. — Вместе с тем другой известный шотландский ученый, Мартин Хог (Martin Hogg), выражает, кажется, больший оптимизм по поводу возможности таких оговорок, однако в подтверждение позиции он ссылается на позиции судов Южной Африки, а не шотландских судов (см.: *Hogg M. Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. P. 235, fn. 194).

<sup>168</sup> *MacQueen H. L. Contract Law in Scotland*. Para. 2–12.

<sup>169</sup> Для российского права вопрос менее актуален.

<sup>170</sup> UPICC Commentary, 2015. P. 329.

<sup>171</sup> Scottish Law Commission... Para. 4.22.

<sup>172</sup> *Ibid.* Para. 4.20.

<sup>173</sup> Тест на существенность открытого условия, тест на возможность объективного восполнения (имплементации) открытого условия и тест на наличие у сторон намерения создать правовые отношения (*animus obligandi*).

<sup>174</sup> И свои же недостатки (проблемы).

ективно существенным, договор должен считаться незаключенным, при этом проведения иных тестов не требуется. Если же результат первого теста оказался отрицательным, т. е. если пропущенное условие не являлось объективно существенным, то далее судье также следует выяснить, имели ли стороны намерение связать себя правовыми отношениями, несмотря на пропущенное условие, т. е. допускали ли стороны, что в случае недостижения ими согласия условие будет восполнено судом<sup>175</sup>. Если соответствующего договорного намерения сторон не было установлено, значит, договор не заключен, если же *animus obligandi* налицо, суд, наконец, должен определить, может ли он восполнить (имплементировать) пропущенное условие с помощью объективных критериев, или же такое восполнение невозможно. Если объективное восполнение возможно, т. е. пройден последний необходимый тест, значит, мы должны констатировать, что перед нами заключенный договор с открытыми условиями, если же нет, то суд должен прийти к обратному выводу, хотя бы договор и «прошел» два предыдущих теста.

Как показало проведенное исследование, именно такая последовательность применения тестов могла бы создать основу для непротиворечивого регулирования договоров с открытыми условиями не только в Шотландии, но и во взятых для сравнения правовых системах.

## Заключение

Настоящее исследование почти на каждом этапе сталкивалось с препятствиями. Так, уже на, казалось бы, самом простом этапе общей характеристики правовой системы Шотландии мы обнаружили, что приписываемое этой стране нахождение в группе «смешанных юрисдикций» не способно само по себе ничего сообщить о ее правовой системе и лишь вводит в заблуждение. Трудности продолжились и при переходе непосредственно к теме исследования, так как оказалось, что института, называемого «договор с открытыми условиями» (*contract with open terms*), в праве Шотландии не существует. В конце концов, даже найдя решение последней проблемы, мы обнаружили, что регулирование вопроса является очень запутанным и противоречивым.

Вместе с тем мы попытались показать, что все трудности могут быть преодолены: так, например, вопрос слишком общего понятия смешанных юрисдикций может быть, хотя и с оговорками, решен обращением к тем исследованиям, которые изучают смешанные юрисдикции в необходимом для исследования смысле («англо-романские» смешанные юрисдикции); отсутствие в Шотландии института, называемого «договор с открытыми условиями», преодолевается использованием специального сравнительного метода, предполагающего формулировку «запроса» в «системно-нейтральных» терминах; наконец, противоречивость позиций шотландского права по изучаемому вопросу решается выявлением и систематизацией общих подходов (тестов), применяемых судами.

Мы надеемся, что проделанный путь оказался для читателя интересным и полезным.

Статья поступила в редакцию 20 октября 2022 г.  
Рекомендована к печати 12 февраля 2023 г.

---

<sup>175</sup> Если судья не провел этот тест, не ясно, почему он проигнорировал то, что открытое условие, даже не являясь объективно существенным, становится субъективно существенным уже потому, что стороны продемонстрировали в договоре свое намерение определить его содержание в будущем, тем самым манифестируя его субъективную существенность.

# Contract with open terms in Scotland: A comparative legal perspective

A. A. Khuzziatov

**For citation:** Khuzziatov, Arthur A. 2023. Contract with open terms in Scotland: A comparative legal perspective. *Pravovedenie* 67 (2): 174–202. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.203> (In Russian)

The article focuses on contracts with open terms, that is, contracts in which the parties deliberately leave one or more terms open for future negotiations or unilateral supplementation by one of the parties (or a third party). In our paper, we refer to contracts with open terms in which an open term is subject to negotiations. Such contracts are not recognised by most jurisdictions (including as being too vague), but the Scottish legal system is sometimes argued to be an exception. In attempting to confirm this claim, it is found that the device called “a contract with open terms” is unknown to Scottish law, so a special comparative legal method is proposed to find an analogue on the Scottish “legal map”. This approach reveals that contracts with open terms in Scotland are concealed under several different names (most notably “agreement to agree”). It shows that although there is no uniform and consistent approach to such contracts, there are three tests which the courts use to answer the central question about such contracts, namely whether a contract with open terms is enforceable: the test for the essentiality of an open term, the test for whether an open term can be objectively implemented and the test for whether the parties have an intention to create legal relations. This analysis is accompanied by a comparative commentary describing how similar issues are dealt with in the UNIDROIT Principles and in another (besides Scotland) jurisdiction to which recognition of contracts with open terms is attributed, namely Russia. On the basis of the research carried out, a preferred order of application of the tests is proposed. The study of the topic is also preceded by a reference to the history and general characteristics of the Scottish legal system. In the course of this topic, we show that Scotland cannot be defined precisely enough through its generic characteristics as a mixed jurisdiction. In turning to the study of Scotland as an individual jurisdiction, it is noted that this system over time has begun to exhibit fewer and fewer of the attributes of a continental European family country.

**Keywords:** contract with open terms, framework contract, agreement to agree, Scotland, UNIDROIT.

## References

- Basedow, Jürgen. 2014. Comparative Law and Its Clients. *The American journal of comparative law* 62 (4): 821–857.
- Beale, Hugh, Fauvarque-Cosson, Bénédicte, Rutgers, Jacobien W., Vogenauer, Stefan (ed.). 2019. *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oxford, UK, Hart Publishing.
- Black, Gillian. 2011. Formation of Contract: The Role of Contractual Intention and Email Disclaimers. *Juridical review* 2: 97–119.
- Braginskii, Mikhail I., Vitrianskii, Vasilii V. 2020. *Contract law. General provisions*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Dozhdev, Dmitrii V. (ed.). 2008. Comparative law: state and development prospects. *Rossiiskii ezhegodnik sravnitel'nogo prava*. St. Petersburg. (In Russian)
- Dubinchin, Aleksei A. 2015. *English contract law: statutes, precedents, comments. The conclusion of the contract*. Part 1. Yekaterinburg, Ural'skii rabochii Publ. (In Russian)
- Du Plessis, Jacques. 2019. Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. R. Mathias, R. Zimmermann (ed.). 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, Oxford University Press.
- Farran, Susan, Öricü, Esin, Donlan, Seán Patrick. (ed). 2014. *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*. Farnham, Surrey, England; Ashgate.
- Frankenberg, Gunter. 1985. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal* 26, 2 (Spring): 411–456.
- Furmston, Michael, Norisada, Takao, Poole, Jill. 1998. *Contract Formation and Letters of Intent*. Chichester, John Wiley.

- Hogg, Martin. 2011. *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Karapetov, Artem G. (ed.). 2020. *Contract law (general part): article-by-article commentary on articles 420–453 of the Civil Code of the Russian Federation* [Electronic edition. Revision 2.0]. Moscow, M-logos Publ. (In Russian)
- Karapetov, Artem G. (ed.). 2022. *Performance and Termination of an Obligation: Commentary on Articles 307–328 and 407–419 of the Civil Code of the Russian Federation* [Electronic edition. Revision 2.0]. Moscow, M-logos Publ. (In Russian)
- Khuziatov, Artur A. 2020. Framework contract (contract with open terms). *Peterburgskaia tsivilistika 2.1. Sbornik nauchnykh rabot*. Moscow, M-logos Publ.: 284–305. (In Russian)
- Koblov, Anton S. 2013. Framework contract and contract with open terms as complex contractual structures. *Zakon 1*: 133–140. (In Russian)
- Krashennnikov, Evgenii A., Baigusheva, Iuliia V. 2013. Conclusion of the contract. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii 5*. (In Russian)
- Kuznetsova, Ol'ga A. 2004. *Presumptions in civil law*. St. Petersburg. (In Russian)
- Lake, Ralph B., Draetta, Ugo. 1994. *Letters of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms*. Butterworths.
- Lubbe, Gerhard. 2000. *Formation of Contract. A History of Private Law in Scotland. 2: Obligations*. Oxford, Oxford University Press.
- MacQueen, Hector L. 2020. *Contract Law in Scotland*. 5<sup>th</sup> ed. London, Bloomsbury Professional.
- McBryde, William W. 2007. *The Law of Contract in Scotland*. Edinburgh. Thomson, W. Green.
- McKendrick, Ewan. 2019. *Contract Law*. London, Macmillan Education UK.
- Örücü, Esin, Attwooll, Elspeth Coyle, Sean (ed.). 1996. *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*. The Hague, Kluwer Law International.
- Palmer, Vernon V. (ed.). 2012. *Mixed Jurisdictions Worldwide: the Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Poduzova, Ekaterina B. 2014. New contractual structures in the light of the draft law on amendments to the Civil Code of the Russian Federation. *Zakon 8*: 119–124. (In Russian)
- Pokrovskii, Iosif A. 2020. *Fundamental Problems of Civil Law*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Pozzo, Barbara. 2012. *Comparative Law and Language. The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Reid, Elspeth. 2015. The evolution of Scottish law as a mixed legal system. *Vestnik grazhdanskogo prava 15 (4)*: 144–178. (In Russian)
- Reid, Kenneth G. C. 2003. The Idea of Mixed Legal Systems. *Tulane Law Review 78*, 1–2: 5–40.
- Reimann, Mathias, Zimmermann, Reinhard. 2019. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, Oxford University Press.
- Rudokvas, Anton. 2023. Paragraph 4 of Article 209 of the Civil Code of the Russian Federation: the Future of One Illusion. *Property law: yesterday, today, tomorrow: a collection of articles for the 50<sup>th</sup> anniversary of A. O. Rybalov*. K. I. Karachkova (ed.); scientific ed. by A. D. Rudokvas. Moscow, Statute: 153–185. (In Russian)
- Saidov, Akmal' Kh. 2003. *Comparative law. Basic legal systems of our time*. Moscow, Iurist. (In Russian)
- Saidov, Akmal' Kh. 2021. *Comparative law: academic textbook*. Moscow, Norma, INFRA-M Publ. (In Russian)
- Scottish Law Commission. Report on Review of Contract Law: Formation, Interpretation, Remedies for Breach, and Penalty Clauses. 2018. 252. Available at: [http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1115/2222/5222/Report\\_on\\_Review\\_of\\_Contract\\_Law\\_-\\_Formation\\_Interpretation\\_Remedies\\_for\\_Breach\\_and\\_Penalty\\_Clauses\\_Report\\_No\\_252.pdf](http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1115/2222/5222/Report_on_Review_of_Contract_Law_-_Formation_Interpretation_Remedies_for_Breach_and_Penalty_Clauses_Report_No_252.pdf) (accessed: 20.09.2022).
- Smits, Jan M. (ed.). 2006. *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar Pub.
- Stair's Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia. Butterworths LexisNexis. Available at: <https://www.lexisweb.co.uk/sources/stair-memorial-encyclopaedia> (accessed: 20.08.2022).
- Stepanova, Irina E. 2007. Essential terms of the contract: problems of legislation. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii 7*. (In Russian)
- Thomson, Stephen. 2014. Mixed Jurisdiction and the Scottish Legal Tradition: Reconsidering the Concept of Mixture. *Journal of civil law studies 7*, 1: 51–91.
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome. 2016. Available at: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf> (accessed: 20.09.2022).

- Vogenauer, Stefan (ed.). 2015. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, Oxford University Press.
- Watson, Alan (ed.). 1993. *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. University of Georgia Press.
- Zhidkov, Oleg A. (ed.). 2003. *History of state and law of foreign countries: textbook*. In 2 parts. Moscow, Norma Publ. Part 2. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard. 1992. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Juta.
- Zimmermann, Reinhard. 2005. "Double Crossing": A Comparison of Scottish and South African Law. *Ius Antiquum. Drevnee pravo* 2 (16): 164–191. (In Russian)
- Zweigert, Konrad, Hein Kötz. 1998. Introduction to Comparative Law. *Translated from the German by Tony Weir*. Third revised edition. Oxford, Clarendon Press.

Received: October 20, 2022  
Accepted: February 12, 2023

---

Arthur A. Khuziatov — LL. M., Postgraduate Student, Peoples' Friendship University of Russia named after Patrice Lumumba, 6, ul. Miklukho-Maklaia, Moscow, 117198, Russian Federation; Director of the Legal Department, Public joint-stock company "Bank Uralsib", 8, ul. Efremova, Moscow, 119048, Russian Federation; a.a.khuziatov@mail.ru