

УДК 347.4

Ю.А. СЕРКОВА,

кандидат юридических наук, доцент

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань, Россия

## К ВОПРОСУ О ЮРИДИЧЕСКОЙ КОНСТРУКЦИИ КОНСЕНСУАЛЬНОГО И РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРОВ

**Цель:** выявить сущность консенсуального и реального договоров как юридических конструкций.

**Методы:** историко-правовой, формально-юридический и сравнительно-правовой.

**Результаты:** используя методологические свойства категории «юридическая конструкция», автор сравнил реальную и консенсуальную сделки, проанализировал правовую природу действия по передаче имущества и его значение для гражданского договора.

**Научная новизна:** выявлено и обосновано проявление принципа единства и дифференциации во взаимодействии договора-юридического факта и договорного правоотношения как элементов юридической конструкции гражданско-правового договора.

**Практическая значимость:** заключается в возможности использовать результаты исследования в правоприменительной деятельности и в договорной практике.

**Ключевые слова:** юридическая конструкция; договор; консенсуальный договор; реальный договор; передача вещи.

### Введение

Вопрос о консенсуальном или реальном характере гражданско-правового договора имеет не только теоретическое, но и сугубо практическое значение, поскольку существенно влияет на содержание обязательственного правоотношения, вытекающего из соответствующего договора.

Следует сказать, что интерес к проблемам договорного права поддерживается на высоком уровне не только в отечественной цивилистике, но и среди зарубежных авторов [1–4].

При проведении настоящего исследования были использованы историко-правовой метод – для выявления дифференциации реальных и консенсуальных сделок в римском праве и в дореволюционном праве России; формально-юридический – для определения понятий консенсуального и реального договоров, выявления их признаков и соотношения, для анализа формулировок договорных конструкций, установления правовых позиций судебных инстанций и пр.; сравнительно-правовой – для выявления сходства и отличия юридических конструкций консенсуального и реального договоров.

При этом рассмотрение договора в качестве консенсуального или реального посредством преломления соответствующей характеристики через призму категории «юридическая конструкция»,

имеющей в данном случае методологическое значение, представляется особо актуальным.

Под юридической конструкцией мы предлагаем понимать определенную систему – строение, состав, взаимное расположение согласованных частей – элементов специального правового механизма, который является результатом юридической деятельности.

### Результаты исследования

Дифференциация консенсуальных и реальных договоров, являясь по сей день актуальной, корнями уходит в римское право [5, с. 7], в котором выделялись три древнейших категории договоров: вербальные (образуемые устной, сакраментальной формулой), литеральные (заключались посредством записи формулы в книги *paterfamilias*), реальные (образуемые материальной передачей вещи). За пределами этих групп были *pacta*, не снабженные юридической санкцией. Впоследствии четыре пакта – продажа, наем, поручение, товарищество – были защищены иском и названы консенсуальными договорами [6, с. 35]. При консенсуальных контрактах (*emptio venditio, location conduction, mandatum, societas*) было достаточно неформально выраженного соглашения для заключения договора, имеющего законную силу [7, с. 86], а реальными контрактами назывались

договоры, которые «считались заключенными не вследствие одного только соглашения сторон, а вследствие действий, необходимых для исполнения данного договора, именно передачи вещи – *res*» [8, с. 243].

Интересно обратить внимание и на указание Г.Ф. Шершеневича, что по общему правилу моментом совершения договора является соглашение сторон. Кроме того, в виде исключения дополнительно в некоторых случаях или закон требует облечения сделки в определенную форму, или в соответствии с природой сделки необходима передача вещи – при займе, ссуде, поклаже [9, с. 454–455].

В действующем ГК РФ отсутствует легальное определение как реального, так и консенсуального договора, однако их дифференциация четко прослеживается в положениях ст. 433 и в нормах особенной части обязательственного права, закрепляющих дефиниции отдельных типов и видов договоров. Так, консенсуальным следует признать договор, который считается заключенным с того момента, когда его стороны между собой достигли по всем существенным условиям соглашения в требуемой форме, а реальным – договор, для заключения которого требуется совершение дополнительного действия – передачи имущества. Это действие производится не вместо достижения соглашения, а в дополнение к нему, т.е. происходит своего рода «утверждение» согласования условий договора действием его сторон, что и приводит собственно к совершению сделки.

Здесь с неизбежностью встает вопрос о соотношении передачи вещи в реальном договоре с офертой и акцептом. Ключевым моментом в ответе на него, на наш взгляд, является слово «также», включенное в состав нормы п. 2 ст. 433 ГК РФ. Поэтому представляется, что, во-первых, оферта и акцепт как необходимые стадии заключения договора существуют всегда, во-вторых, передачу-принятие вещи не следует отождествлять с офертой или акцептом.

Передача-принятие имущества – это самостоятельный элемент юридической конструкции реального договора, отличающий ее от юридической конструкции договора консенсуального. Таким образом, реальный договор считается заключенным с момента передачи определенного

соглашением сторон имущества. Если передача имущества требуется в соглашении консенсуального характера, то она входит в иной элемент юридической конструкции договора – в правоотношение, составляя его содержание.

Рассматривая договор с позиции юридической процедуры, легко увидеть, что передача имущества в соглашении реальном входит в этап заключения договора, а в консенсуальном – в этап его исполнения.

При этом большое значение имеет то, что реальный или консенсуальный характер договора обусловлен не выбором сторон, а определением законодателя, т.е. императивная норма п. 2 ст. 433 ГК РФ вопрос об отнесении договора к категории реального оставляет только на усмотрение законодателя, исключая влияние на него предпочтений участников соглашения. Поскольку собственно из легальной дефиниции соответствующего договора не следует, что он реальный, постольку он должен рассматриваться исключительно в качестве консенсуального.

Представляется верным замечание Б.Л. Хаскельберга и В.В. Ровного о том, что договор, включающий условие, которым консенсуальная модель меняется на реальную, противоречит закону и по этой причине считается действительным и рассматриваться как консенсуальный может только в том случае, если есть основания предполагать, что стороны совершили бы его и без включения такого условия [5, с. 31]. В противном случае сделка будет недействительной согласно ст. 168 ГК, нормы которой устанавливают общее основание недействительности сделок, не соответствующих императивным правовым предписаниям [10].

М.И. Брагинский указал на то, что для классификации гражданско-правовых договоров большое значение имеет дихотомия, опирающаяся на распределение между их сторонами обязанностей. Это предоставляет возможность выделить, в том числе, и такую пару договоров, как реальные и консенсуальные [11, с. 384].

Б.Л. Хаскельберг и В.В. Ровный напротив указывают, что деление договоров на консенсуальные и реальные всеобщим характером не отличается, дихотомическим не является, всего многообразия договоров не охватывает. Авторы полагают, что законодатель в нормах ст. 433 ГК РФ противопо-

ставляет консенсуальным и реальным договорам договоры, подлежащие государственной регистрации [5, с. 26].

Нам представляется, что вопрос о государственной регистрации сделки полностью переводить в одну плоскость с характеристикой договора как реального или консенсуального не следует. Во-первых, правило п. 3 ст. 433 ГК РФ необходимо рассматривать во взаимосвязи с п. 3 ст. 165 ГК РФ, согласно которому само по себе отсутствие государственной регистрации сделки, удовлетворяющей остальным требованиям закона, не может считаться безусловным основанием для признания договора недействительным (или незаключенным). Стороны, достигая соглашения (и передавая имущество – при реальном договоре), выражают намерение вступить в правовое отношение. Даже несоблюдение предусмотренной законом формы является, на наш взгляд, не столь существенным основанием для недействительности сделки, сколь иные. Имеется в виду, что из всех четырех традиционных условий действительности сделки форму можно считать наименее значимой, поскольку недействительность сделки при несоблюдении простой письменной формы является по смыслу ст. 162 ГК РФ исключением, а правилом – ограничение доказательственных возможностей сторон. Несоблюдение нотариальной формы сделки также не имеет недействительность в виде однозначного категоричного последствия в силу правила п. 2 ст. 165 ГК РФ. Следовательно, собственно достижение консенсуса – соглашения представляет собой базу для возникновения правоотношения. Таким образом, необходимость государственной регистрации целесообразно рассматривать не как противопоставление группе реальных и консенсуальных сделок, а как дополнительный элемент юридической конструкции соответствующего договора, который «нанизывается» на достижение соглашения и передачу вещи (в реальном договоре).

Во-вторых, следует обратить внимание на современную тенденцию отхода от государственной регистрации договоров в случае, если предусмотрена государственная регистрация перехода права. Так, с 1 марта 2013 г. отменена государственная регистрация договоров купли-продажи, дарения, ренты, предусматривающих отчуждение

недвижимого имущества<sup>1</sup>. Таким образом, в настоящее время государственной регистрации подвергаются только договоры аренды недвижимого имущества, да и то не во всех случаях (ст. ст. 609, 633, 643, 651, 658). Это позволяет говорить о том, что государственная регистрация сделок вообще должна рассматриваться как исключение и не влиять на дихотомическую классификацию договоров на консенсуальные и реальные.

В-третьих, рассматривая заявленный вопрос, представляется целесообразным сказать о договоре ренты. До отмены с 1 марта 2013 г. государственной регистрации договоров ренты, направленных на отчуждение недвижимого имущества, они, будучи реальными, должны были проходить также и указанную процедуру. Вместе с тем не все рентные договоры предполагали передачу именно недвижимости, а разделять их в зависимости от этого критерия на реальные и еще какие-то не представляется уместным. Договоры же, согласно которым отчуждалось недвижимое имущество, с одной стороны, требовали ранее государственной регистрации, а с другой – не могли считаться заключенными до передачи вещи получателем ренты в силу самой императивно закрепленной в п. 1 ст. 583 ГК РФ дефиниции. На получателя ренты, на наш взгляд, обязанность передать имущество под выплату ренты налагаться не могла не только по общему правилу, но и в тех договорах, которые до 1 марта 2013 г. подлежали государственной регистрации. Это обусловлено тем, что передача вещи в любом рентном договоре – особый элемент его юридической конструкции, а не часть содержания рентного правоотношения.

В-четвертых, предложение заключить договор и его принятие, а также передача-принятие вещи (в реальном договоре) совершаются по усмотрению сторон и выражают их волю на удовлетворение того или иного интереса, который

<sup>1</sup> О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ // Российская газета. – 2013. – 11 января. – № 5979; О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: Федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 21-ФЗ // СЗ РФ. – 2013. – № 9. – Ст. 873.

они преследуют, вступая в правоотношение, а государственная регистрация – в определенной степени «внешний» по отношению к сторонам фактор, дополнительный публичный контроль за совершаемой сделкой, имеющий целью обеспечение интересов не столько самих ее участников, сколько третьих лиц и общества в целом.

Данный подход, в частности, подтверждается и правовой позицией Высшего Арбитражного Суда РФ, отраженной в Постановлении Пленума ВАС РФ от 25 января 2013 г. № 13 «О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды»<sup>2</sup>. Так, судом указано, что в случае если стороны достигли соглашения в требуемой форме по всем существенным условиям договора аренды, который подлежит государственной регистрации, но не был зарегистрирован, то при рассмотрении споров надлежит исходить из следующего. Если сторонами было достигнуто соглашение по существенным условиям и исполнялось ими, то оно связало их обязательством. В то же время в силу ст. 308 ГК РФ права, предоставленные лицу, пользующемуся имуществом по договору аренды, не прошедшему государственную регистрацию, не могут быть противопоставлены им третьим лицам. В частности, такое лицо не имеет преимущественного права на заключение договора на новый срок (п. 1 ст. 621 ГК РФ), а к отношениям пользователя и третьего лица, приобретшего на основании договора переданную в пользование недвижимую вещь, не применяется п. 1 ст. 617 ГК РФ.

Отличить реальный договор от консенсуального можно путем анализа нормы-дефиниции, содержащей определение конкретного типа или вида договора. Если законодатель предполагает договор консенсуальным, в его определение включается слово «обязуется», т.е. речь идет не о том, что лицо

совершает действие (передает имущество), а лишь о том, что оно это действие должно будет сделать после заключения договора – сторона обязуется выполнить определенное действие. Применительно к реальному договору используется иная конструкция – сторона не «обязуется» сделать, а делает.

Наиболее ярко это отличие представлено в формулировке договора дарения (п. 1 ст. 572 ГК РФ), где закреплено, что даритель безвозмездно **передает** или **обязуется передать** одаряемому в собственность вещь либо имущественное право, либо **освобождает** или **обязуется освободить** ее от имущественной обязанности.

Здесь надлежит остановиться на следующей дискуссии. В.А. Белов отмечает, что в качестве реальных нужно рассматривать сделки, которые считаются совершенными в момент производства действий, которые составляют их содержание, например, в момент обещания исполнения, оказания услуг, выполнения работ, передачи вещи [12, с. 132]. Этот подход подвергается критике со стороны Б.Л. Хаскельберга и В.В. Ровного, которые указывают, что приведенная точка зрения требует считать договор подряда заключенным с момента выполнения работы, что явно противоречит как сущности, так и легальному определению этого договора [5, с. 23].

Вместе с тем М.И. Брагинский, опираясь в свою очередь на мнение В. Голевинского, указал, что консенсуальные – это договоры, вступающие в силу с момента достижения сторонами согласия, а реальные – те, что признаются заключенными с момента, когда на основе соглашения осуществлена передача стороной контрагенту определенного имущества. Поэтому В. Голевинский неслучайно в свое время полагал, что применительно к категории «реальный договор» следует из многообразия значений слова *res* выбрать действие, а не вещь [11, с. 384; 13, с. 39].

Нам представляется, что точнее говорить не столько о вещи, сколько о действии вследствие того, что системность договора как юридической конструкции объединяет и юридический факт, и обязательство. Вместе с тем, по справедливому утверждению Л.А. Чеговадзе, главное отличие обязательственного правоотношения состоит в том, что в нем объектом субъективного гражданского права и правовой обязанности участников является не вещь, но действия [14, с. 277].

<sup>2</sup> О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды: Постановление Пленума ВАС РФ от 25 января 2013 г. № 13. – URL: [http://www.arbitr.ru/as/pract/post\\_plenum/81907.html](http://www.arbitr.ru/as/pract/post_plenum/81907.html)



Верным является и высказывание М.В. Кротова о том, что смешивать фактическое исполнение сделки с моментом ее возникновения не следует, даже если стороны согласятся, что передача вещи и момент заключения договора совпадают, так как это не сделает реальным консенсуальный договор [15, с. 196]. Он, в частности, обращает внимание и на то, что подряд, в отличие от иных консенсуальных договоров, не может быть исполнен непосредственно в момент совершения сделки, ибо для достижения необходимого результата должно быть затрачено определенное время на выполнение работы [16, с. 306].

Интересной представляется позиция М.В. Телюкиной, которая, рассматривая соотношение и взаимозаменяемость моделей консенсуального и реального договоров, предлагает положение договора о вступлении его в силу с момента передачи имущества, а не с момента достижения соглашения, квалифицировать как условие согласно правилам ст. 157 ГК РФ и, следовательно, относить такую сделку к особой категории условных сделок [17]. Проблематичность данного подхода, на наш взгляд, выражается в том, что закон допускает совершать сделки только под такими условиями, относительно которых неизвестно, наступят они или нет.

Как нам представляется, практически все договоры, направленные на выполнение работ, должны квалифицироваться как консенсуальные, в отличие от некоторых соглашений об оказании услуг, которые иногда формулируются как реальные.

В литературе отмечено, что модель реального договора, как правило, востребована при конструировании договоров об оказании услуг, поэтому и причину реальной модели конкретного договора, возможно, следует искать в особенностях как самой сферы услуг, так и в специфике оказания отдельных видов услуг, а также в своеобразии отношений, которые возникают при их оказании [5, с. 39–40].

### Выводы

Подводя итог, сделаем следующие **выводы**: в юридической конструкции консенсуального или реального договора важным является соотношение, взаимодействие элементов: момента заключения договора и содержания основанного на договоре правоотношения. Для выявления этого соотношения следует установить наличие

или отсутствие необходимости передачи вещи – совершения определенного действия – в рамках процедуры заключения договора или в рамках его исполнения. Таким образом, именно единство и дифференциация сочетания этих элементов составляют суть исследуемых юридических конструкций. Единство проявляется в том, что совершение действия имеет место всегда, а дифференциация – в том, что в реальной сделке действие необходимо непосредственно для ее совершения, а в консенсуальной – действие необходимо уже на стадии исполнения договора.

### Список литературы

1. Robinson M. A Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract. John Wiley and Sons, 2011.
2. J.A. Volkmar, G.S.Hok. FIDIC – A Guide for PRACTITIONERS. Springer, 2010.
3. Henry Deeb Gabriel Contract for the Sale of Goods. A Comparison of US and International Law. OUP USA, 2008.
4. Schlechtriem, Peter / Schlechtriem, Indeborg: Commentary on the Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2010.
5. Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. – М.: Статут, 2004. – 124 с.
6. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. – М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. – 511 с.
7. Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. – М.: Юрид. лит., 1989. – 448 с.
8. Колотинский Н.Д. История римского права. Пособие к лекциям. – Казань: Типолитография В.В. Вараксина, 1912. – 347 с.
9. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1911. – 851 с.
10. Кресс В.В., Тузов Д.О. Некоторые проблемы практики применения статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации арбитражными судами // Вестник ВАС. – 2001. – № 10. – С. 89–100.
11. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения. – М.: Статут, 2002. – 848 с.
12. Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. – М., 2002. – 299 с.
13. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. – Варшава, 1872.
14. Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. – М.: Статут, 2004. – 542 с.
15. Гражданское право: учебник. Часть I / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М., 1996. – 552 с.
16. Гражданское право: учебник. Часть II / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М., 1999. – 784 с.
17. Телюкина М.В. Понятие сделки: теоретический и практический аспекты // Адвокат. – 2002. – № 8. – С. 23–34.

*В редакцию материал поступил 19.04.13*

© Серкова Ю.А., 2013

#### Информация об авторе

**Серкова Юлия Анатольевна**, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и предпринимательского права, Казанский (Приволжский) федеральный университет  
Адрес: 420008, г. Казань, ул. Кремлевская, 18, тел.: (843) 233-71-36  
E-mail: julia-a-s@yandex.ru

**Как цитировать статью:** Серкова Ю.А. К вопросу о юридической конструкции консенсуального и реального договора // Актуальные проблемы экономики и права. – 2013. – № 3(27). – С. 181–186.

**YU.A. SERKOVA,**

*PhD (Law), associate professor*

*Kazan (Volga region) Federal University, Kazan, Russia*

#### ON THE ISSUE OF JURIDICAL CONSTRUCTION OF CONSENSUAL AND REAL CONTRACT

**Objective:** to reveal the essence of consensual and real contracts as juridical constructions.

**Methods:** historical-legal, formal-juridical and comparative-juridical.

**Results:** using the methodological properties of “juridical construction” category, the author has compared the real and consensual deals, analyzed the legal nature of property alienation and its significance for civil contract.

**Scientific novelty:** the author reveals and grounds the principle of unity and differentiation in interaction of a contract as a juridical fact and a contractual legal relationship as elements of juridical construction of civil-legal contract.

**Practical value:** possibility to use the research results in law enforcement activity and contract practice.

**Key words:** juridical construction; contract; consensual contract; real contract; property alienation.

#### References

1. Robinson M. A Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract. John Wiley and Sons, 2011.
2. J.A.Volkmar, G.S.Hok. FIDIC – A Guide for PRACTITIONERS. Springer, 2010.
3. Henry Deeb Gabriel Contract for the Sale of Goods. A Comparison of US and International Law. OUP USA, 2008.
4. Schlechtriem, Peter / Schlechtriem, Indeborg: Commentary on the Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd ed., Oxford, 2010.
5. Khaskel'berg B.L., Rovnyi V.V. *Konsensual'nye i real'nye dogovory v grazhdanskom prave* (Consensual and real contracts in civil law). Moscow: Statut, 2004, 124 p.
6. Godeme E. *Obshchaya teoriya obyazatel'stv* (General theory of liabilities). Moscow: Yurid. izd-vo Ministerstva yustitsii SSSR, 1948, 511 p.
7. Bartoshek M. *Rimskoe pravo: Ponyatiya, terminy, opredeleniya* (Roman law: Notions, terms, definitions). Moscow: Yurid. lit., 1989, 448 p.
8. Kolotinskii N.D. *Istoriya rimskogo prava* (History of Roman law). Kazan: Tipolitografiya V.V. Varaksina, 1912, 347 p.
9. Shershenevich G.F. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* (Textbook on the Russian civil law). Moscow: Izdanie Br. Bashmakovykh, 1911, 851 p.
10. Kress V.V., Tuzov D.O. Nekotorye problemy praktiki primeneniya stat'i 168 Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii arbitrazhnymi sudami (Some issues of the practice of Article 168 of the Russian Civil Code by arbitrary courts), *Vestnik VAS*, 2001, No. 10, pp. 89–100.
11. Braginskii M.I., Vitryanskii V.V. *Dogovornoe pravo. Kniga pervaya: Obshchie polozheniya* (Contract law. Book 1: general provisions). Moscow: Statut, 2002, 848 p.
12. Belov V.A. *Singulyarnoe pravopreemstvo v obyazatel'stve* (Singular succession in liability). Moscow, 2002, 299 p.
13. Golevinskii V. *O proiskhozhdenii i delenii obyazatel'stv* (On the origin and division of liabilities). Varshava, 1872.
14. Chegovadze L.A. *Struktura i sostoyanie grazhdanskogo pravootnosheniya* (Structure and condition of civil matter). Moscow: Statut, 2004, 542 p.
15. *Grazhdanskoe pravo. Chast' I, pod red. Yu.K. Tolstogo, A.P. Sergeeva* (Civil law. Part 1 / edited by A.P. Sergeyev, Yu.K. Tolstoy). Moscow, 1996, 552 p.
16. *Grazhdanskoe pravo. Chast' II, pod red. A.P. Sergeeva, Yu.K. Tolstogo* (Civil law. Part 2 / edited by A.P. Sergeyev, Yu.K. Tolstoy). Moscow, 1999, 784 p.
17. Telyukina M.V. Ponyatie sdelki: teoreticheskii i prakticheskii aspekty (Notion of a deal: theoretical and practical aspects), *Advokat*, 2002, No. 8, pp. 23–34.

#### Information about the author

**Serkova Yulia Anatolyevna**, PhD (Law), associate professor of the chair of civil and entrepreneurship law, Kazan (Volga region) Federal University  
Address: 18 Kremlyovskaya Str., 420008, Kazan, tel.: (843) 233-71-36  
E-mail: julia-a-s@yandex.ru

**How to cite the article:** Serkova Yu.A. On the issue of juridical construction of consensual and real contract, *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava*, 2013, No. 3(27), pp. 181–186.