

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 45



ИЗДАТЕЛЬСТВО ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
2010

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

КОНСТРУКЦИЯ РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРА: ОБ ИСТОРИЧЕСКОЙ СМЕНЕ ФУНКЦИЙ И ЗНАЧЕНИИ В СОВРЕМЕННОМ ПРАВЕ*

Д.О. Тузов

Истоки классического деления договоров на консенсуальные и реальные обнаруживаются в римском праве, в дошедшей до нас через Институции Гая четырехчленной системе, в рамках которой различаются реальные, вербальные, литеральные и консенсуальные контракты:

Gai. 3, 89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

И сначала рассмотрим те [обязательства], которые возникают из контракта. Их же бывает четыре рода: ведь обязательство заключается или вещью, или словами, или письмом, или соглашением.

Зачастую данная классификация используется современными отечественными цивилистами в ракурсе нынешних юридических представлений, вне всякого исторического контекста. Более того, некоторые авторы, выступающие против деления сделок на консенсуальные и реальные, экстраполируют свое негативное отношение к нему на римскую классификацию, по-видимому стремясь таким путем показать его изначальную упречность.

«Данная систематизация страдает целым рядом недостатков, – констатируют применительно к римской классификации контрактов А.Б. Бабаев и Р.С. Бевзенко. – Два вида договоров, входящих в римскую систему контрактов, указывают на *форму* их заключения – вербальные (совершенные посредством произнесения формул) и литеральные (заключаемые посредством письменного изложения обязательства). На-

* В настоящей публикации использованы результаты исследований, выполненных на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых докторов наук (МД-714.2010.6).

именования же “реальный” и “консенсуальный” указывают, скорее, на момент заключения договора – передача вещи или согласование волеизъявлений. Однако даже в этой паре противопоставление двух понятий отнюдь не явное – ведь совершение передачи вещи (т.е. ее отторжение и принятие получателем) также является проявлением взаимосогласованной воли участников договора»¹.

В этом рассуждении обнаруживаются широко распространенные убежденность в абсолютном превосходстве современного юридического мышления над древним и неосознанная склонность мыслить о римском праве с позиций и в терминах нынешней юриспруденции.

Оценивая римскую систему контрактов, дошедшую до нас в цитированном фрагменте Гая, необходимо понимать, что речь идет не о современном теоретическом построении, которое можно было бы критиковать с точки зрения привычных нам догматических постулатов. Эта классификация основана отнюдь не на критерии формы договора и не на критерии момента, с которого последний считается заключенным, как полагают, исходя из сегодняшних представлений, А.Б. Бабаев и Р.С. Бевзенко. В основе ее лежит признак *источника* возникновения контрактного обязательства.

Можно считать общепризнанным тот факт, что «для классических юристов *res, verba, litterae* не были формальными реквизитами действительности, которые бы добавлялись к соглашению как основному элементу договора, а скорее структурным элементом, из которого рождалось обязательство...»². Иногда источником обязательства являлись *verba*, торжественные слова (именно *слова сами по себе*, а не соглашение, выраженное в произнесении торжественных формул); иногда им были *litterae*, письмо (опять-таки *письмо как таковое*, а не соглашение, совершённое в письменной форме); иногда – передача *res*, вещи (обязательство, исчерпывающееся, как правило, в обязанности должника – заемщика, хранителя, ссудополучателя, залогопринимателя, – вернуть вещь возникало в силу того, что она была им получена, а не потому, что было заключено соглашение о ее возврате); иногда, наконец, – *consensus*, простое неформальное соглашение (обязательство возникало исключительно потому, что стороны так договорились). Лишь в последней группе, «в *obligationes consensu contractae*, было существенным само соглашение, ибо обязательство рождалось из *consensus*»³. В контрактах же других групп оно, хотя и имело место, с точки зрения цивильного права было иррелевантным для возникновения обязательства.

¹ Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С. О реальных и консенсуальных договорах // Вестн. ВАС РФ. 2006. № 1. С. 158 и сл.

² *Talamanca M. Elementi di diritto privato romano. Milano, 2001. P. 274.*

³ *Ibidem.*

Таким образом, римская четырехчленная классификация контрактных обязательств видится логически безупречной и адекватно отражающей правовую реальность эпохи и общества, в которых она была создана и применялась.

Лишь в позднюю Античность, когда исчезают формальные и абстрактные контракты *ius civile*, соглашение (*conventio*) превращается в основу договора, а иные сопровождающие его действия – в дополнительный элемент. Однако идентификация *contractus* с *conventio* происходит лишь в постюстиниановском, византийском праве¹. И только в трудах глоссаторов окончательно закрепляется представление о *consensus*'е как основе и обязательном элементе всех контрактов и пактов.

В Средневековье, с утверждением в каноническом (*ius canonicum*) и торговом (*lex mercatoria*) праве, а также в обычном праве германских королевств принципа «*pacta sunt servanda*», намечается процесс девальвации модели реального контракта, достигший своего апогея в эпоху естественно-правовых кодификаций, проникнутых духом свободы договора и началом договорной атипичности, когда законодательно возводится в принцип консенсуальность. Правило договорной автономии, известное во Франции еще до кодификации, впервые закрепляется на законодательном уровне в Кодексе Наполеона: «Законно заключенные соглашения занимают место закона для тех, кто их заключил» (art. 1134 Code civil). При этом передача вещи не входит в число общих условий, существенных для действительности соглашения (art. 1108 Code civil). Согласно принципу договорной автономии «любое законное соглашение производит эффект в силу простого консенсуса, а... любое соглашение, не способное произвести эффект в силу консенсуса, ничтожно вследствие какого-либо недостатка его содержания, так что никакая передача не могла бы... исцелить его и сделать завершенным»².

Именно в этот период в доктрине закономерно возникает diskutированный еще и сегодня вопрос о том, возможно ли оправдать и если да, то каким образом, существование в современном праве конструкции реальных договоров. Между нею и принципами договорной автономии и свободы формы возникает, казалось бы, неразрешимое противоречие.

Поскольку реальные договоры все же продолжают оставаться данностью позитивного права, для теоретического преодоления указанного противоречия доктриной было предложено следующее догматическое объяснение. Во-первых, обязательство вернуть вещь, которое в реальных договорах является основным, не может возникнуть, прежде чем

¹ См.: Grosso G. Il sistema romano dei contratti. 3^a ed. Torino, 1961. P. 184; Talamanca M. Op. cit. P. 275.

² Sacco R., De Nova G. Il contratto. T. I. 3^a ed. Torino, 2005. P. 866 (автор – P. Сакко).

вещь получена, а потому нельзя представить себе реальный договор, если вещь не передана¹. Это суждение, однако, априорно ставит во главу угла обязательство возврата вещи, не отвечая на вопрос о том, почему ранее него из того же договора (но построенного по консенсуальной модели) не может возникнуть обязанность передать вещь тому, кто затем будет обязан ее возвратить². Во-вторых, сторонам ничто не препятствует договориться о передаче вещи, и такое соглашение в силу принципа свободы договора будет иметь исковую силу; тем не менее оно не будет собственно договором займа, ссуды, хранения и т.п., а составит иной, самостоятельный (непоименованный) договор, построенный по консенсуальной модели³. При таком подходе, однако, остается неясным, какой цели может служить подобное исключение консенсуального договора о передаче и принятии вещи из договорного типа соответственно займа, ссуды, хранения и т.п.⁴

Как бы то ни было, если в правопорядках Нового времени категория реальных договоров и сохраняется, а конститутивный характер передачи вещи продолжает служить для этих договоров видообразующим признаком, то ее выделение уже не связывается с той функцией источника обязательства, какую передача выполняла в римской системе. Единственным источником всех договорных обязательств теперь выступает именно консенсус, соглашение; передача же применительно к реальным договорам служит лишь дополнительным элементом, введенным позитивным правом, дополнительным условием их действительности, целесообразность которого можно оценивать критически.

Однако в современных правопорядках девальвация фигуры реального договора идет дальше. Так, хотя в абсолютном большинстве правовых систем континентальной Европы эта фигура, несмотря на обращенную против нее критику, продолжает сохраняться, некоторые страны, такие как Германия, Дания, ряд стран бывшей Югославии, а недавно также Эстония, отказались от нее на законодательном уровне, конструируя все договоры как консенсуальные. В праве других государств, в частности России, эта тенденция девальвации находит свое выражение в

¹ См.: *Pothier R.-J. Traité des contrats de bienfaisance. Traité du prêt à usage et du precaire.* Paris, 1807. I. 10. В этом же смысле ранее Жан Дома: *Domat J. Les loix civiles dans leur ordre naturel.* Paris, 1689-1691. Vol. I. Titre I, 1, 9.

² См.: *Benedetti G. Dal contratto al negozio unilaterale.* Milano, 1969. P. 69; *Sacco R., De Nova G. Op. cit.* P. 867.

³ См.: *Pothier R.-J. Op. et loc. cit.* Этот подход, как и первый, нашел признание у многих, в том числе современных, цивилистов, в частности российских (ср., напр.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. М., 2003 [по изд. 1896 г.]. С. 110; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 315).

⁴ *Sacco R., De Nova G. Op. cit.* P. 867.

законодательном «поглощении» договорными типами. традиционно конструируемыми по реальной модели (такими как ссуда или хранение), соответствующих консенсуальных договоров, порождающих *обязанность* передачи или принятия вещи (в безвозмездное пользование, на хранение и т. п.), которые исторически рассматривались, как было показано, в качестве предшествующих реальному договору ни к чему не обязывающих соглашений либо самостоятельных (непоименованных) договоров. Это приводит к появлению в рамках одного и того же договорного типа двух альтернативных моделей – реальной и консенсуальной, но одновременно означает кризис фигуры реального договора, которая становится чем-то второстепенным и даже излишним.

Означает ли рассматриваемая тенденция, что модель реального договора изжила себя и ее сохранение в законодательстве является лишь данью дивилистической традиции?¹

Дуается, что такой вывод был бы преждевременным. Как представляется, для некоторых имущественных отношений реальная модель является единственно оправданной. К таковым относится большинство *безвозмездных* отношений и, следовательно, договоров. Вспомним, что традиционно со времен римского права классическими примерами реальных договоров были и есть именно безвозмездные сделки, такие как заем (*mutuum*), ссуда (*commodatum*), хранение (*depositum*), к которым в отечественном праве впоследствии добавилось дарение. На протяжении всей истории права «безвозмездность шла в ногу с реальностью, возмездность... с достаточностью консенсуса»².

Конструирование безвозмездных договоров, предполагающих передачу вещи, по модели консенсуальной (хотя бы и в качестве альтернативной, используемой наряду с реальной) по меньшей мере спорно. Вряд ли отвечает духу права возложение на лицо, пообещавшее предоставить другому безвозмездную выгоду, например принять вещь на хранение, одолжить определенную сумму и т. п., юридической обязанности сделать это. К тому же подобные отношения, как правило, мыслятся и самими их участниками как сугубо бытовые, основанные на нормах морали и регулируемые последними. Их «юридизация» происходит лишь после передачи имущества, которое необходимо вернуть (при дарениях, разумеется, не возникает и такой обязанности).

«Юридизация» отношений, их превращение из юридически иррелевантных в юридически значимые может быть обусловлена различными факторами. Одним из них является возмездность. Вряд ли оправданно признание юридической силы за обещанием (соглашением) как таковым

¹ Как иногда полагают (см., напр.: *Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С.* Указ. соч. С. 169).

² *Sacco R., De Nova G.* Op. cit. P. 870 (автор – *Р. Сакко*).

при безвозмездности отношений только лишь на том основании, что из невыполнения обещания может произойти убыток для стороны, на такое обещание положившейся. Ведь когда есть потребность построить отношения так, чтобы предоставление услуги или вещи в собственность было юридически обеспечено, естественно использовать модель возмездного договора: за гарантию следует платить. Думается, что как соображения справедливости, так и правовые воззрения участников гражданского оборота в большинстве случаев требуют признания обязательной силы лишь за такими обещаниями и соглашениями, не подкрепленными передачей вещи, исполнение которых предполагает встречное имущественное предоставление.

Конечно, на практике может возникнуть потребность юридически гарантировать и обещание безвозмездного предоставления, например для социально полезных целей, неисполнение которого повлечет убытки в виде расходов, произведенных бенефициаром в ожидании этого предоставления. В подобных случаях «юридизация» отношений достигается введением *формального* элемента, чаще всего установлением определенной формы сделки, например письменной формы консенсуального договора дарения – нотариальной (как предусмотрено art. 782 итальянского ГК) или простой (как это имеет место в п. 2 ст. 574 ГК РФ). Заметим, однако, что и тогда, когда допускается консенсуальная модель также для безвозмездных договоров, традиционно конструируемых как реальные, одновременно признается, что такие консенсуальные договоры производят ограниченный правовой эффект или дают правовой эффект лишь в некоторых случаях. Как бы то ни было, отрицается возможность удовлетворения иска о понуждении к исполнению подобных договоров в натуре.

Если соглашение не подкреплено ни одним из названных элементов – возмездностью, определенной формой или хотя бы простой передачей вещи – интерес бенефициара в исполнении, думается, не может претендовать на юридическую защиту, оставаясь за пределами права.

В связи со сказанным остаются непонятными мотивы, по которым законодатель ввел в ГК РФ альтернативную консенсуальную модель для такого безвозмездного по своей сути договора, как ссуда, не подкрепив ее требованием определенной формы, а в отношении другого – дарения – допустил иск о понуждении к исполнению в натуре (что следует из общего правила ст. 398 ГК РФ о возможности истребования индивидуально-определенной вещи и «молчания» на этот счет специальных норм о дарении). Данные законодательные решения не получили, насколько можно судить, какого-либо освещения в цивилистической литературе.

¹ Об этом см.: Sacco R., *De Nova G. Op. cit.* P. 869.

Представляется, таким образом, что законодательное конструирование ряда безвозмездных договоров по реальной модели не противоречит принципу свободы договора. Речь должна идти не об ограничении такими законоположениями договорной автономии, как видится критикам фигуры реального договора, а лишь об установлении границ, отделяющих защищаемые правом отношения от юридически irrelevantных, находящихся в бытовой или этической плоскости. Ведь при ином, вульгарно-абсолютном понимании свободы договора пришлось бы прийти к признанию юридически обязывающими также и таких, например, соглашений и обещаний, как обещание прийти в гости или пойти в кино, возлагая на нарушившего их ответственность в виде возмещения понесенных другой стороной убытков (в частности, расходов). Но, думается, к этому же разряду относятся и обещания безвозмездно одолжить деньги или дать «попользоваться» вещью, безвозмездно «присмотреть» за чужим имуществом и т. п. – до тех пор, пока соответствующая вещь не будет фактически передана.

Однако наряду с рассмотренной выше тенденцией девальвации фигуры реального договора, имеющей общеевропейский масштаб, в российском позитивном праве, особенно с принятием части второй ГК РФ, обнаруживается и прямо противоположная тенденция увеличения числа *возмездных* договоров, сконструированных по *реальной* модели. Наряду с ранее существовавшими реальными договорами страхования и перевозки таковыми теперь являются договоры ренты, финансирования под уступку денежного требования, доверительного управления имуществом (ст. 583, 824, 1012 ГК РФ). Анализ этой тенденции выходит за рамки настоящего исследования. Здесь следует отметить лишь то, что в современном праве выделение реальных договоров не связано уже ни с функцией передачи вещи как самостоятельного источника обязательства, что было характерно для римского права, ни с видообразующей функцией передачи, о чем свидетельствует появление дуалистических (реально-консенсуальных) моделей ряда договоров. Единственная функция, которую выполняют сегодня две модели договора – реальная и консенсуальная, – это определение момента, с которого тот или иной договор считается заключенным. Современный законодатель рассматривает эти две модели как инструмент правовой политики, который он может использовать по своему усмотрению, конструируя конкретные договоры как консенсуальные или как реальные и руководствуясь при этом теми или иными социально значимыми мотивами.