

УДК 347.454.3(477)

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.10.02>**Сергій Вавженчук,**

докт. юрид. наук, доцент,

професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ ДОГОВОРІВ НА КОНСЕНСУАЛЬНІ ТА РЕАЛЬНІ ДОГОВОРИ (ЧАСТИНА 2)

У статті з урахуванням чинного законодавства України, наукової та судової доктрини зазначається, що у договірному праві наявний великий пласт проблем, пов'язаний із класифікацією договорів на консенсуальні та реальні договори. Доводиться, що дихотомічний спосіб класифікації договорів на консенсуальні та реальні слід визнати умовним з огляду на те, що низка договорів одного типу або виду можуть бути або реальними, або консенсуальними. Альтернативність вибору ознаки реальності або консенсуальності договору залежить від норми закону і прямо не пов'язана з волевиявленням сторін договору. У статті приділяється увага тому, що нормативна модель реального договору дає підстави для твердження, що у цьому разі має місце обмеження принципу свободи договору, адже сторони позбавлені права самостійно наділяти договір ознакою реальності або консенсуальності. Обґрунтовується висновок про недоцільність теорії «беззобов'язального договору». Спростовується теза про те, що домовленість, що передуює передачі майна за реальним договором, є договором *sui generis*. Обґрунтовується теза про те, що передача майна у разі укладення реального договору має як спільні, так і відмінні риси із конклюдентними діями.

Ключові слова: консенсуальний договір, реальний договір, класифікація договорів, передача майна, договірне право, укладення договору.

Постановка проблеми. Аналіз приватно-правового законодавства України, наукової та судової доктрини вказує на те, що у договірному праві наявний значний пласт проблем, пов'язаний із класифікацією договорів на консенсуальні та реальні договори. Із аналізу окремо взятих кейсів стає зрозумілим, що рамка розглядуваної дихотомічної класифікації договорів не виконує своє завдання повною мірою, що поглиблює проблему правозастосування у розглядуваному сегменті. З огляду на відповідні норми ЦК України, можна дійти висновку, що низка договорів одного виду можуть належати як до реальних договорів, так і до консенсуальних. Розмиває чіткі обриси класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори й проблема розуміння правової природи домовленості, що передуює передачі майна за реальним договором, співвідношення передачі майна у разі укладення реального договору та конклюдентних дій.

Такий стан породжує цілу низку як аргументованих, так і неаргументованих підходів до розуміння консенсуального та реального договору. На жаль, трапляються непоодинокі випадки, коли у садах витончених слів стають непомітними паростки обґрунтованих концепцій, детального правового аналізу проблеми такої класифікації або реальних

пропозицій, що полегшували б правозастосування або законодавство у розглядуваному напрямі наукової розвідки. Як наслідок, правовий вакуум, невирішені гострі проблеми класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори не сприяють ясності у прийнятті рішень судами або у бізнесі.

Усе це разом узятє змушує фокусувати вказану частину дослідження на основних проблемах класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори, що з огляду на методологічні чинники сприятиме усуненню «білих плям» у вченні про класифікацію договорів.

Стан дослідження. Класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори, як одному зі складних напрямів наукового дослідження приватного права, присвячено праці В. Белова, М. Брагінського, В. Василюєвої, А. Ісаєва, К. Лебедева, В. Новікова, К. Победоносцева, В. Ровного, М. Сібільова, Є. Суханова, Б. Хаскельберга, О. Іоффе, Ф. Поллока, О. Яворської та інших учених. Окремі проблеми зазначеної класифікації договорів були порушені автором у навчальному посібнику «Договірне право» в 2011 р. [1]. Попри наявні наукові праці, проблема розуміння консенсуальних та реальних договорів залишається невичерпаною з точки

зору практики застосування, наукових розвідок, ба більше – дискусійною.

Мета статті – з урахуванням доктринальних здобутків та нормативно-правових актів окреслити проблеми класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори.

Виклад основного матеріалу. Є випадки, коли майно знаходиться у законному володінні майбутнього набувача до моменту досягнення згоди контрагентів по реальному договору. Таким чином, з огляду на ст. 640 ЦК України, виникає питання: чи буде вважатися укладеним реальний договір, за яким факт передачі речі передусе домовленості щодо всіх його істотних умов. Річ у тому, що відповідно до ч. 2 ст. 640 ЦК України спочатку має бути досягнута згода по всіх істотних умовах реального договору і лише після цього здійснюється передання майна. Доцільно було б законодавцю встановити винятки із правил та дозволити в окремих випадках (наприклад, у разі недійсності договору, за яким майно перейшло до набувача, новації боргу в позикове зобов'язання тощо) окремий спосіб укладення такого реального договору, адже економічний ефект буде таким самим, як у класичному реальному договорі. Враховуючи наведене, володіння набувача майна до моменту досягнення згоди за всіма істотними умовами договору може бути як законним (наприклад, за договором оренди орендар (володілець речі) та орендодавець планують здійснити новацію, в результаті якої власником речі буде володілець речі), так і незаконним (недійсний правочин, договір, що припинив дію, тощо). Головне, що контрагенти майбутнього реального договору не зацікавлені у реституції (у разі недійсності правочину) або у поверненні майна від володільця власнику (у разі спливу строку чинності договору, за яким було передано майно) та мають намір спільним волевиявленням усунути зазначені наслідки та встановити певний правовий режим майна.

Варто звернути увагу на те, що в юридичній літературі у разі класифікації договорів на консенсуальні та реальні використовують такий класифікаційний критерій, як момент, з якого договір починає діяти [2, с. 727], що є помилковим. Річ у тому, що момент, з якого договір починає діяти, не можна ототожнювати, власне, з моментом виникнення договору. Як правильно відзначили Б. Л. Хаскельберг та В. В. Ровний, консенсуальні договори починають діяти з моменту визнання їх вчиненими, однак за домовленістю початок дії договору може бути приурочений до визна-

ченої дати або пов'язуватиметься з іншою обставиною [3, с. 25].

Дихотомічний спосіб класифікації договорів на консенсуальні та реальні є умовним з огляду на те, що низка договорів одного типу або виду можуть бути або реальними, або консенсуальними. Альтернативність вибору ознаки реальності або консенсуальності договору залежить від норми закону і прямо не пов'язана з волевиявленням сторін договору. Прикладами таких договорів є зберігання, факторинг. Так, у ст. 1077 ЦК України подається легальна дефініція договору факторингу, в якій зафіксована альтернатива вибору реального або консенсуального договору через призму конструкції «фактор *передає або зобов'язується передати* грошові кошти в розпорядження клієнта». Одразу підкреслимо, що така еластичність договірної моделі не вказує на те, що договір одночасно виступатиме як реальний та консенсуальний.

З огляду на ч. 2 ст. 640 ЦК України (якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії) законодавець в імперативній формі визначає, який договірний тип або вид договору є реальним. Зафіксована нормативна модель реального договору дає підстави для твердження, що у цьому разі має місце обмеження принципу свободи договору, адже сторони позбавлені права самостійно наділяти договір ознакою реальності або консенсуальності.

Визначаючи на нормативному рівні у тому чи іншому випадку модель консенсуального або реального договору, необхідно зважати на таке. По-перше, потрібно враховувати мету договору, що має відобразити передання майна на умовах його повернення або без такого.

По-друге, потрібно враховувати необхідність застосування в окремому виді договору моделі реального виконання обов'язку з передачі речі в натурі. Адже, як зазначає М. І. Брагінський, у разі консенсуального договору сторона може примусити контрагента виконати в натурі взятий на себе обов'язок (передати річ) [4, с. 632], а у разі реального договору примусити до такого виконання неможливо, адже передача речі знаходиться в основі виникнення договору (поза межами договірної зобов'язання). Наприклад, за загальним правилом, встановленим в ЦК України, зберігач не має юридичного інтересу вимагати від поклажодавця передати першому річ на зберігання.

Тобто законодавець передбачив, що не може бути застосовано механізм реального виконання обов'язку в натурі у разі не передання покладавцем речі на зберігання зберігачу. Окреслений юридичний ефект характерний також для інших договорів (договору перевезення, довірчого управління майном).

По-третє, береться до уваги необхідність встановлення певного рівня захисту права особи, що передає річ за договором (наприклад, власник речі, вигодонабувач, перевізник, володілець речі тощо) у разі його порушення. У цій площині М. І. Брагінський відзначив, що необхідність у конструкції реального договору проявляється тоді, коли законодавець вважає необхідним захистити ту зі сторін, якій доведеться передати річ іншій стороні [4, с. 632]. Таким чином, вибираючи на рівні закону модель реального або консенсуального договору, треба брати до уваги можливість забезпечення стабільності договірних зобов'язань за рахунок або договірної відповідальності та інших мір захисту (примус до реального виконання обов'язку в натурі), або без можливості застосування окремих мір захисту (в нашому випадку йдеться про примус до реального виконання обов'язку в натурі).

По-четверте, необхідно враховувати строк дії договірних зобов'язань. Тобто короткострокові договори тяжіють до консенсуальної моделі договору, а довгострокові – до реальної.

Реальні договори мають спільні ознаки. У цьому контексті варто звернути увагу на точку зору Б. Л. Хаскельберга, В. В. Ровного. Аналізуючи договори перевезення, вкладу, зберігання, довірчого управління майном, автори доходять висновку, що вони мають дві спільні ознаки. Перша ознака полягає в тому, що одержувачем послуги в таких договорах виступає сторона, що передає майно, або третя особа (вантажовідправник, вантажоодержувач, вкладник, покладавець, засновник управління майном, вигодонабувач); до друга ознака – в тому, що юридична сутність подібних послуг полягає в подальшому поверненні послугоодержувачу попередньо переданого майна або погодженого майнового еквіваленту [3, с. 43].

Якщо сторони всупереч закону наділяють консенсуальний договір ознакою реального, такий договір розглядатиметься як оспорюваний правочин. Слід розмежовувати заміну сторонами законодавчо встановленої моделі договору та укладення договору під умовою. В останньому випадку, з огляду на ст. 212 ЦК України «Правочини, щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної обставини», сторони можуть визначити

обставину, щодо якої їм *невідомо*, настане вона чи ні. Тобто такою обставиною може бути: 1) юридична подія; 2) юридична дія третьої особи. В обох випадках така обставина не може бути пов'язана з юридичними діями (дією) сторін (сторони) такого договору. На думку Б. Л. Хаскельберга та В. В. Ровного, заміну моделі реального договору на модель консенсуального необхідно відмежовувати від двох зовнішньо схожих, але допустимих правом явищ. По-перше, здійсненню реального договору може передувати попередній договір [3, с. 32-33]. Автори, спираючись на тезу К. П. Побєдоносцева, наводять розмежування попереднього договору позики та позики як реального договору. У цьому разі слутати розглядувані конструкції неможливо, адже на відміну від двох окремих договорів (попереднього договору позики та власне позики) заміна моделі реального договору на модель консенсуального міститься в одному договорі. Попередній же договір є самостійним договором, що має свій предмет та елементи.

Друге явище, яке слід відмежовувати від заміни моделі реального договору на модель консенсуального договору, Б. Л. Хаскельберг, В. В. Ровний виклали таким чином. Сторони реального договору, скажімо позики, можуть визначити початок його дії (наприклад, встановити, що договір почне діяти не з дня його укладення) [3, с. 33]. У цьому разі треба говорити не лише про умову, якою сторони можуть визначити початок дії договору, а й про умови, якими сторони можуть визначити будь-яку обставину, з якою пов'язується початок дії договору та щодо якої сторонам не відомо, настане вона чи ні.

У цивілістичній доктрині досліджувався зв'язок між моделлю консенсуальності або реальності договору та моделлю відплатності або безвідплатності договору. Перша точка зору полягає у тому, що зв'язок між згаданими моделями не визнається. Деякі автори навіть взаємовиключають розглядувані моделі. Так, на думку Ю. В. Романець, безвідплатність суперечить природі консенсуального договору [5, с. 455]. Прихильники другої точки зору вказують на наявність такого зв'язку з певною умовою. Зокрема, Б. Л. Хаскельберг, В. В. Ровний підкреслюють, що такий зв'язок між моделлю договору (консенсуальною, реальною), з однією стороною, а з другої – відплатністю та безвідплатністю відповідних відносин не є жорстким та безумовним [3, с. 48]. У цьому випадку варто говорити про непрямий кореляційний зв'язок між моделлю реального або консенсуального договору та моделлю відплатного або безвідплатного договору. Без усякого

сумніву, договір позички як реальний договір є одностороннім та безоплатним. Своєю чергою договір страхування є двостороннім, оплатним та взаємним [3, с. 48]. При цьому важко заперечити той факт, що договір позички та договір страхування можуть мати консенсуальний характер, при цьому договір позички буде вже класифікуватися як взаємний. У цьому зв'язку О. С. Іоффе зазначив, що консенсуальна позичка належить до взаємних договорів: позичкодавець зобов'язаний до передачі речі, а користувач – до її повернення [6, с. 412].

У реальному договорі домовленість контрагентів щодо істотних умов договору, що передують передачі речі, не породжує правових наслідків до моменту передачі майна або вчинення будь-якої іншої дії, адже такий договір буде вважатися неукладеним. Цікавим є те, що в юридичній літературі можна віднайти своєрідну точку зору, за якою таку домовленість називають *договором із зсунутими правовими наслідками*. Так, Б. Л. Хаскельберг, В. В. Ровний з цього приводу зазначають, що домовленість, яка передують укладенню реального договору, яка не породжує обов'язку та права вимоги передачі майна, являє собою так названий «договір із зсунутим правовим ефектом («із зсунутими правовими наслідками»)» [3, с. 64]. Більше цього, автори доходять неаргументованого висновку, за яким особливістю такої домовленості є те, що вона є договором *sui generis* (договором *особливого роду* – виділення С.Я. Вавженчука), а укладення реального договору базується на здійсненні двох договорів, один з яких – договір «із зсунутим ефектом», другий – передача [3, с. 64-65].

З наведеним важко погодитися, виходячи з такого. По-перше, відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України договором може бути лише та домовленість, яка породжує, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки. У розглядуваному випадку така домовленість (договір із зсунутими правовими наслідками) сама по собі не тягне своїм наслідком породження зобов'язання. Тобто автори пропонують визнати в приватному праві наявність беззобов'язального договору, тобто договору, який не зобов'язує його сторони, що є нонсенсом для договірного права. Якщо йти далі за логікою авторів, то у такому разі оферта і акцепт теж матимуть беззобов'язальний характер, що не вписується ні в межі вимог гл. 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» ЦК України, ані в межі вчення про динаміку договірного зобов'язання. Більше того, автори розглядають договір із зсунутим ефектом як оферту. Не вдаючись у дискусію в межах вчення

про динаміку договірного зобов'язання (у межах питання правової природи оферти та акцепту – це стадія укладення договору або правочин), в цивілістичній доктрині оферту розглядають виключно як *односторонній* правочин, до якого не належить договір із зсунутим ефектом. По-друге, в реальному договорі домовленість контрагентів щодо істотних умов договору, що передують передачі речі, є елементом стадії укладення реального договору. По-третє, в основі реального договору першочергове значення відводиться «факту», а не «праву». По-четверте, домовленість по істотних умовах договору та, власне, передача речі є двома елементами фактичного складу як фактичної підстави укладення реального договору. По-п'яте, не можна погодитися з авторами у тому, що домовленість, що передують передачі майна за реальним договором, є договором *sui generis*. Для ствердження такого факту потрібно, щоб дана домовленість відповідала всім ознакам договору, яких немає. Наприклад, до такого договору не можна застосувати положення ЦК України про новацію, недійсність правочинів тощо. Також необхідно визначити правову природу такого договору, обґрунтувати наявність власного предмета договору, його місце в системі договірних зобов'язань. Однак вказаних аргументів автори не наводять.

Домовленість, що передують передачі речі, за реальним договором не породжує саме очікуваного правового результату, що відповідав би наміру контрагентів. При цьому не можна заперечити, що така домовленість може породжувати інші правові наслідки, які не пов'язані з наміром контрагентів реального договору.

Передача майна у разі укладення реального договору має як спільні, так і відмінні риси із конклюдентними діями. Насамперед перехід до набувача фактичного володіння майном здійснюється як у разі укладення реального договору, так і у разі здійснення конклюдентних договорів. По-друге, конклюдентну дію необхідно розглядати як форму акцепту. Дію з передачі майна за реальним договором слід розглядати як дію, що здійснюється на відповідній стадії процесу укладення договору. Як наслідок, вчинення конклюдентних дій пов'язують із моментом вступу в дію консенсуального договору, а вчинення дії з передачі майна зумовлює перфекцію реального договору. По-третє, якщо має місце перехід права власності, речовий ефект передачі майна при конклюдентних діях у консенсуальному договорі може зміщуватися за рахунок визначення моменту передачі

майна в ofertі. Тобто перехід права власності на майно при конклюдентних діях за консенсуальним договором можливий: 1) в момент виконання договору; 2) в момент, що визначений offerentом в ofertі. Вказана конструкція неможлива для реальних договорів.

Висновки.

У процесі дослідження класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори автор дійшов таких висновків. По-перше, момент, з якого договір починає діяти, не можна ототожнювати власне із моментом виникнення договору. По-друге, дихотомічний спосіб класифікації договорів на консенсуальні та реальні слід визнати умовним з огляду на те, що низка договорів одного типу або виду можуть бути або реальними, або консенсуальними. Альтернативність вибору ознаки реальності або консенсуальності договору залежить від норми закону і прямо не пов'язана з волевиявленням сторін договору. По-третє, зафіксована нормативна модель реального договору дає підстави для твердження, що у цьому разі має місце обмеження принципу свободи договору, адже сторони позбавлені права самостійно наділяти договір ознакою реальності або консенсуальності. По-четверте, обґрунтовано висновок про недоцільність теорії «беззобов'язального

договору». По-п'яте, спростовано тезу про те, що домовленість, що передуює передачі майна за реальним договором, є договором *sui generis*. По-шосте, з'ясовано, що передача майна у разі укладення реального договору має як спільні, так і відмінні риси із конклюдентними діями. Разом із цим варто констатувати, що робота над об'єктом дослідження не завершена, адже він перебуває у перманентному динамічному стані.

Список використаних джерел:

1. Вавженчук С.Я. Договірне право : навчальний посібник. Київ : КНЕУ, 2011. 584 с.
2. Гражданское право России: Общая часть : курс лекций / М. И. Брагинский, В. В. Залесский, Н. И. Клейн и др. ; под общ. ред. О.Н. Садикова. Москва : Юристъ, 2001. 779 с.
3. Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. Москва : «Статут», 2004. 124 с.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Москва : Статут, 2000. 800 с.
5. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. Москва : Юристъ, 2001. 496 с.
6. Иоффе О.С. Избранные труды : в 4 т. Санкт-Петербург : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. Т. 3 : Обязательственное право. 837 с.

Serhii Vavzhynchuk. To the question of classification of contracts into consensual and real agreements (part 2)

This article basing on analysis of current Ukrainian legislation, legal and judicial doctrines demonstrates that there are many issues related to the classification of civil law contracts into consensual and real contracts. It is proven that the dichotomous way of classification of contracts into consensual and real contracts can be described as relative because several contracts of one type can be either real or consensual. The existence of such an alternative of choice of reality or consensuality of contract is dependent on legislative provision and is not directly connected with parties' declaration of will. Special attention in the article is paid to the statement that normative (which is provided by legislation) model of real contract gives ground to argue that in described situation exists restriction of freedom of contract principle. The proof for this conclusion is that parties to a contract are not able to give the contract the feature of being real or consensual on their own. The author also demonstrates the weakness and infeasibility of a "non-binding contract" theory. The statement according to which an agreement concluded prior to a transfer of property under a real contract constitutes a sui generis contract is proved to be wrong. A transfer of property in case of real contract conclusion has both common and different features with non-verbal conduct which forms a contract.

Key words: consensual contract, real contract, classification of contracts, transfer of property, contract law, conclusion of contract.

