

**Васильєва В.В.**

*к.ю.н., науковий  
співробітник Лабораторії  
проблем корпоративного  
права НДІ приватного  
права і підприємництва  
ім. акад. Ф. Г. Бурчака  
НАПрН України, викладач  
кафедри цивільного права  
Юридичного інституту  
Прикарпатського  
національного університету  
ім. В. Стефаника*

**Vasylyeva V.V.**

*Ph. D., Researcher of  
Laboratory of Corporate  
Law Problems, Research  
Institute of Private Law  
and Entrepreneurship after  
F. G. Burchak, National  
Academy of Law Sciences of  
Ukraine, Lecturer of civil law  
department, Law Institute,  
Precarpathian National  
University after Vasyl Stefanyk*

## **РЕАЛЬНИЙ ДОГОВІР ЯК ЮРИДИЧНИЙ СКЛАД. ПРАВОВА ПРИРОДА РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРУ**

УДК 347.44

І. Згідно визначення, що дається науковцями, консенсуальний договір (від лат. consensus – домовленість) – це договір, що породжує цивільні права й обов'язки з моменту досягнення сторонами домовленості. Наступне передання речі чи виконання іншої дії здійснюється з метою виконання цього договору. Як зазначає Є. О. Суханов, для укладення реального правочину однієї домовленості між сторонами недостатньо, необхідне ще й передання речі чи вчинення іншої дії [1, с.336]. Таким чином, вважається, що для настання бажаних юридичних наслідків для сторін, тобто виникнення правовідношення, необхідно не лише досягнути домовленості, а й передати річ. Тобто потрібен так званий *юридичний склад*, що складається з двох юридичних фактів – укладення договору та передання речі. На мою думку, у такому разі виникає щонайменше два питання.

Перше з них потребує відповіді на те, яке значення має договір, що виступає тільки елементом юридичного складу і сам по собі не породжує зобов'язання? Якщо така домовленість між сторонами не породжує жодних зобов'язань, то таким чином нівелюється сама суть договору «*pacta sunt servanda*» – основний принцип римського права щодо сили договору.

Окрім того, які ж юридичні наслідки домовленості між сторонами, якщо річ так і не була передана? Професор М. І. Брагінський з цього приводу зазначає, що договір в подібних випадках є неукладеним [2, с. 315], а тоді договір, як частина юридичного складу, що має бути необхідним для виникнення зобов'язання, немає ніякого значення. Таким чином, договір вважається неукладеним, зобов'язання не виникає, і тому кредитор не може спонукати боржника до передання речі, хоч насправді договір-домовленість уже існує. Виникає дивна ситуація – договір існує, проте він не працює і не виконує своєї функції. Для чого ж тоді він укладається? І якщо розцінювати передання майна як вираження волі кредитора, то для чого процес формування волі сторони, яка передає майно, розбивати на кілька етапів? Чи не може кредитор одномоментно вирішити чи передає, чи не передає він майно вже на етапі укладення договору?

Інше питання виникає з приводу того, як розцінювати сам факт передання речі, тобто на яких підставах передається майно? Для переходу майна із власності однієї особи у власність іншої повинна бути законна підстава. У межах даного юридичного складу все навпаки: передання майна відбувається для створення цієї підстави. Крім того, оскільки річ уже була передана на укладення договору, то функція договору лише в спонуканні боржника надати зустрічне задоволення. Із договору виникає тоді усічене, одностороннє зобов'язання (лише обов'язок з боку покупця і право з боку продавця), оскільки передання речі вже відбулося до цього і відбулося не в межах виконання договору. Таким чином, реальний договір утворюється недо-договором (з якого не виникає зобов'язання) та недо-передачею майна (яка відбувається без належної юридичної підстави).

Існування реального договору зумовлює існування ситуації, коли договір існує, тобто погодження волі сторін відбулося, а зобов'язання з нього не виникає. І це суперечить правовій природі договору, нівелює його значимість як юридичного факту, оскільки договір є підставою виникнення правовідношення. Договір дійсно може виступати елементом юридичного складу, наприклад, коли укладений договір оренди земельної ділянки, але необхідно ще погодити таку оренду з органом влади. У цьому випадку до бажаних наслідків призводить весь юридичний склад в сукупності. У договорі погоджується і виражається воля сторін. Рішення владного органу виявляє волю третього учасника. Саме таких два юридичних факти входять до юридичного складу, оскільки іншим чином, наприклад, в одному договорі, неможливо погодити волю всіх зацікав-

лених осіб. У реальному договорі при досягненні домовленості сторін погоджується воля лише сторін договору. І під час передання речі знову ж таки виражається воля тієї ж сторони. Не зовсім зрозуміло, для чого підтверджувати волю сторони ще раз. Це суперечить стрункій конструкції механізму виникнення та виконання зобов'язання: із договору, укладеного з дотриманням усіх умов, виникає зобов'язання, а передання речі відбувається уже на виконання цього зобов'язання.

II. У ЦК України слів та словосполучень «реальний договір» і «консенсуальний договір» немає. Єдиною вказівкою на існування в ЦК України такої теоретичної класифікації є норми щодо моменту укладення договору.

Згідно зі ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. У ст. 640 ЦК України «Момент укладення договору» зазначається, що договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Саме момент прийняття оферти розглядається як юридичний факт, необхідний та достатній для визнання виникнення між сторонами правового зв'язку. 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. Таким чином, на практиці реальність чи консенсуальність договору визначає акт цивільного законодавства.

Вказівка на те, що договір вважається укладеним із моменту передання речі є лише в ст. 1046 ЦК України – щодо договору позики. У ній чітко вказується момент укладеності договору – «з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками». За аналогією ці положення поширюються також на кредитний договір і договір банківського вкладу. Реальним однозначно називається О. В. Дзєрою ще договір дарування, хоча в нормах, які регулюють договір дарування, не вказується, що договір є укладеним з моменту передання речі. Також реальними, як зазначає О. В. Дзєра, можуть вважатися договір страхування, договір позики, договір банківського вкладу [3, с. 507]. Але що означає *можуть вважатися*? Наслідки визнання договору реальним є суттєвими – укладений договір між сторонами не породжує зобов'язання поки не буде передана річ, тобто кожна із сторін не має ні прав, ні обов'язків, незва-

1 Договорами що домовленість назвати не можемо, оскільки юридичними наслідками договору є виникнення, зміна чи припинення правовідношення згідно ст. 626 ЦК України. – Прим. В. В.

жаючи на укладений договір. На мою думку, перелік реальних договорів (якщо визнавати доцільність існування таких) мав би бути вичерпний та чітко встановлений законодавством.

Доволі штучно виглядає, коли до реальних договорів відносять договір перевезення вантажу. Науковці стверджують, що тут відбувається передання речі [4, с. 459]. Натомість подібний за видом послуги договір пасажирського перевезення уже реальним не вважають (очевидно, тому, що пасажир не річ). А чи не є надання вантажу для перевезення конклюдентною дією – формою вираження волі сторони на укладення договору в разі укладення усного договору або в разі укладення письмового договору – дією, спрямованою на виконання договору? Якщо вважати договір перевезення вантажу реальним договором, тоді відправник вантажу не буде нести ніякої відповідальності в разі, якщо відмовиться надавати вантаж для перевезення. Однак при цьому, наприклад, перевізник уже зафрахтував транспорт і буде зазнавати збитків у разі неукладення договору.

III. Одним із критеріїв розмежування договорів реальних та консенсуальних ще вказують таку ознаку – якщо у визначенні договору в кодексі вживається слово «передає», то це означає, що договір реальний. Якщо ж вживається «зобов'язується передати» – тоді консенсуальний. На мою думку, це є досить ненадійним критерієм, особливо враховуючи недосконалість законотворчої техніки та лексики законодавця.

Видається, що формулювання «сторона передає» – це вже є дією у межах самого договору, поясненням того, що входить в обов'язки сторони і що є предметом договору, і не є додатковим юридичним фактом, без якого договір вважається неукладеним.

Щодо того, чому у кодексі в одному випадку вживається слово «передає», а в іншому – словосполучення «зобов'язується передати», то можна припустити, що законодавець дає вказівку на те, що договір укладається щодо речі, яка передається або зараз, або яка може бути створена чи набута в майбутньому. Так, договір довічного утримання однозначно вказує на те, що на момент укладення договору і виникнення зобов'язання майно, наприклад, будинок уже існує, а не планується бути створеним у майбутньому. І це є вимогою до укладення цього договору. У той час як за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність іншій стороні, тобто предметом договору може бути як річ, що перебуває у власності продавця уже, так і річ, яка може бути набута згодом у власність.

У деяких випадках законодавець щодо матеріального предмета договору вживає дієприкметники на зразок «довірений» (ст. 909 ЦК – «довірений багаж»), що нашоухує на думку, що цей договір реальний, оскільки багаж уже має бути довірений, тобто річ має бути передана. Однак більше ніяких підтверджень того, що зобов'язання виникає саме з моменту передання речі немає. І не виключено, що дієприкметник «довірений» вжитий законодавцем для означення речі – перевезення здійснюється саме того ватажу, який довірили чи передали для цієї мети.

IV. Аналізуючи саму суть реального договору, можна стверджувати, що той факт, що момент укладення реального договору пов'язується з фактом передання майна – це вже наслідок реальності договору. А призначення реального договору полягає в іншому. Основною властивістю реального договору є те, що інша сторона не має права вимагати передання речі навіть після укладення договору. Таким чином, обов'язок сторони передати річ перетворюється в її право. Виходить, конструкція реального договору спрямована на захист тієї сторони договору, яка повинна передати річ іншій стороні, так як ця конструкція не дозволяє примусити до виконання в натурі. При цьому слід врахувати, що інша сторона має слабшу позицію і в неї відсутні гарантії виконання домовленості між ними аж до передання речі.

Коли ж можлива ситуація, що інтересами іншої сторони можна знехтувати? Можливо тоді, коли інша сторона при укладенні договору нічого не втрачає. Така ситуація можлива в разі укладення односторонніх договорів – коли в однієї сторони лише права, а інша сторона не має права вимагати вчинення дій і має лише обов'язки. Кредитор при цьому має тільки право надати річ і робить це по власній добрій волі. Така ситуація спостерігається, наприклад, у договорі дарування чи договорі позики. Саме для цього, можливо, і створена конструкція реального договору – для того, щоб не було в боржника можливості впливати на кредитора і примусити відчужити майно.

Виходячи із вищевказаного, можна припустити, що реальні договори – односторонні, і, як правило, в них існує обов'язок лише один – повернути річ власнику. А нічого не отримавши, немає що й повертати. Проте залишається незрозумілим, для чого створювати таку складну й суперечливу загальним принципам договірному зобов'язання конструкцію, оскільки захист інтересів кредитора можна забезпечити й іншим чином. У самому договорі можна передбачити, що він вступає в дію з моменту передання речі. Таким чином, договір сам по собі буде укладеним і дійсним, але із відкладальною умовою.

Також виникає питання, для чого підписувати договір, якщо одна із сторін не визначилась чи виконувати його в натурі? Окрім того, можна змодельювати ситуацію, коли ущемлюються інтереси боржника: наприклад, у випадку, коли існує домовленість про позику певної суми на певну дату. Позичальник приходить за грошима на певну дату, а позикодавець говорить, що гроші не позичить. А з приводу того, що була домовленість, зазначає, що договір недійсний, бо не відбулося передання речі. Позичальник, можливо, розраховував на покупку якоїсь речі, а зараз знайти гроші так швидко неможливо, тому цілком ймовірно, він і зазнає упущеної вигоди. Таким чином, інтереси боржника є не зовсім захищені.

На завершення дослідження слід зробити такі **висновки**.

1. Юридичні наслідки, що створює реальний договір, значні: правовідношення не виникає навіть при укладеному договорі, а виникає лише з моменту передання речі.

2. Законодавцем не визначено чітко, які з правочинів є реальними. Лише в договорі позики зазначено, що договір є укладеним з моменту передання майна. Чи є такий випадок достатнім створювати надто вже штучну класифікацію договорів на консенсуальні та реальні, яка йде врозріз із самим розумінням сутності договору, зобов'язанням з нього та принципом «*pacta sunt servanda*».

3. Той факт, що при укладенні деяких договорів передання речі збігається із моментом досягнення домовленості, не робить їх реальними. Передання майна відбувається на виконання зобов'язання з договору.

4. У деяких випадках, зокрема при укладенні усних договорів, наприклад, при зберіганні багажу, передання речі не є частиною юридичного складу реального договору, а є конклюдентною дією, що виражає волю та намір сторони укласти договір.

5. У законі законодавець не здійснює розмежування договорів на реальні та консенсуальні. Лише в договорі позики, кредиту та банківського вкладу існує застереження, що договір вважається укладеним із моменту передання грошей.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаю, що слід відмовитися від класифікації договорів на реальні та консенсуальні. Практична значущість існування реального договору не з'ясована. Принцип свободи договору надає можливість стороні прив'язати момент виникнення зобов'язання до будь-якої умови, а також встановити будь-які інші умови на розсуд сторін. Існування реального договору, коли є договір, а зобов'язання з нього не виникає, суперечить правовій природі договору, нівелює його значимість як юридичного факту, як підстави виникнення правовідно-

шення. Разом з тим, відмовляючись від згаданого розподілу договорів, зазначу, що вимога про необхідність передання речі одразу ж під час укладення договору може бути встановлена як обов'язкова умова договору для забезпечення інтересу набувача. Такі випадки повинні бути чітко встановлені законодавчим актом, а не визначатися, виходячи з теоретичних класифікацій.

1. *Civil Law: In 2 volumes. Volume I: Textbook / edited by Prof. E. A. Suhanov. – 2nd ed., Rev. and add. – Moscow: BEK, 2002. – 816 p.*
2. *Braginsky M. I., Vitryansky V. V. Contract Law: First Book. General remarks. – Moscow: Statut, 2001. – 848 p.*
3. *Civil Law of Ukraine. General remarks: textbook / edited by O. V. Dzera, N. S. Kuznietsova, R. A. Maydanyk. – 3rd ed., Rev. and add. – Kyiv: Inter Yurinkom, 2010. – 976 p.*
4. *The Soviet Civil Law: Textbook. In 2 parts. Part I / edited by V. A. Ryasentsev. – 2nd ed., Rev. and add. – Moscow: Legal. lit., 1986. – 560 p.*

**Васильєва В. В. Реальний договір як юридичний склад. Правова природа реального договору.**

У статті досліджено конструкцію реального договору – договору, що вважається укладеним лише з моменту передання речі. Встановлено, що законодавцем не визначено чітко, які з правочинів є реальними. Лише в договорі позики, кредиту та банківського вкладу існує застереження, що договір вважається укладеним з моменту передання грошей. Такі випадки не є достатніми для того, щоб пропонувати надто вже штучну класифікацію договорів на консенсуальні та реальні, яка йде врозріз із самим розумінням сутності договору, зобов'язанням з нього та принципом «*pacta sunt servanda*». При цьому юридичні наслідки, що створює реальний договір, значні: правовідношення не виникає навіть при укладеному договорі, а виникає лише з моменту передання речі.

Доведено, що при укладенні деяких договорів передання речі збігається із моментом досягнення домовленості, що, однак, не робить їх реальними. Передання майна відбувається на виконання зобов'язання з договору.

У результаті цього слід відмовитися від класифікації договорів на реальні та консенсуальні. Практична значущість існування реального договору не з'ясована, а існування реального договору, коли є договір, а зобов'язання з нього не виникає, суперечить правовій природі договору, нівелює його значимість як юридичного факту, як підстави виникнення правовідношення.

**Ключові слова:** договірне право, реальний договір.

**Васильєва В. В. Реальный договор как юридический состав. Правовая природа реального договора.**

В статье исследовано конструкцию реального договора – договора, который считается заключенным только с момента передачи вещи. Установлено, что законодателем четко не определено, которые с сделок реальны. Лишь в дого-

воре займа, кредита и банковского вклада существует оговорка, что договор считается заключенным с момента передачи денег. Такие случаи не являются достаточными для того, чтобы создавать слишком искусственную классификацию договоров на консенсуальные и реальные, которая идет вразрез с самим пониманием сущности договора, обязательствам из него и принципу «*pacta sunt servanda*». При этом юридические последствия, которые создает реальный договор, значительные: правоотношения не возникают даже при заключенном договоре, а возникает только с момента передачи вещи.

Доказано, что при заключении некоторых договоров передача вещи совпадает с моментом достижения договоренности, что не делает их реальными. Передача имущества происходит во исполнение обязательства по договору.

Таким образом следует отказаться от классификации договоров на реальные и консенсуальные. Практическая значимость существования реального договора не установлена, а существование реального договора, когда есть договор, а обязательства по нему не возникает, противоречит правовой природе договора, нивелирует его значимость как юридического факта, как основания возникновения правоотношения.

**Ключевые слова:** договорное право, реальный договор.

**Vasilyeva V. V. Real Contract As Judicial Structure. Legal Nature of Real Contract.**

In this article the author explores the nature of real contract. Real contract is a contract that is concerned to be concluded only after transfer of agreement object. There is determined that the legislator does not define clearly which of the contracts are real. There is mentioned that a contract is considered to be concluded from the moment of money transfer only in the regulations of loan, bank credit and deposit. The author considers that such cases are not sufficient for creation too artificial classification on consensual and real contracts which is contrary to the essence of contract and obligation in contract law theory and the principle of it «*pacta sunt servanda*». At the same time a real contract causes significant legal consequences: there is no relationship even with the concluded contract, it occurs only after things transfer. The author has investigated that the moment of conclusion of certain contracts coincides with contract objects transfer but that fact does not make them real. Transfer of property is an action for exercising of contract obligation but not a stage of contract concluding. As a result of research the author argues that there is necessity to refuse from the classification of contracts for real and consensual. The practical significance of such classification is not clear. Existence of real contract is contrary to the legal nature of the contract, undermines its importance as a legal fact and the basis of relationship. However the author notes that there can be requested transfer of contract object immediately at the moment of contract conclusion as a prerequisite for purchaser interest. Such cases should be clearly defined in legislative act and can not be based on theoretical classifications.

**Key words:** contract law, real contract.