

Научная статья

Научная специальность

5.1.3 «Частно-правовые (цивилистические) науки»

УДК 347.132.6:347.440.3

DOI <https://doi.org/10.26516/2071-8136.2023.1.44>

## МОДЕЛИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРА (ПАМЯТИ Б. Л. ХАСКЕЛЬБЕРГА)

© Ровный В. В., 2023

Иркутский государственный университет, г. Иркутск, Россия

Статья посвящена осмыслению существующих моделей заключения договора. Проанализирован ряд правил Гражданского кодекса РФ, в том числе ст. 433 и абз. 2 п. 1 ст. 434, другие правила, относящиеся к процессу заключения договора (п. 2 и 3 ст. 1017, п. 1, 2 ст. 1234, п. 1, 2 ст. 1235). Рассмотрены вопросы о необходимых предпосылках заключения договора (оферта, акцепт, передача имущества), об акте государственной регистрации в договоре, о форме договора. Сделан ряд выводов, в частности: а) договор консенсуальный и договор реальный – две базовые модели заключения договора, их могут усложнять дополнительные требования со стороны закона или участников договора (о регистрации различных объектов – основной обязательственной сделки, акта передачи имущества или последствия такого акта, о согласованной сторонами формализации договора); б) форма договора дуалистична, поскольку ее может определять закон или соглашение, отсюда форма влияет на качество заключенного договора или на качество процесса заключения договора; в) правила ст. 433 и абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК универсальны и касаются договоров не только обязательственных, но и распорядительных; г) момент заключения договора определяется базовой моделью с учетом усложняющих ее требований; д) процесс заключения договора представляет собой фактический состав с различным набором элементов (стадий), которые накапливаются последовательно или произвольно. Выводы сделаны с учетом изменений в законодательстве, проиллюстрированы примерами конкретных договоров.

*Ключевые слова:* модель договора, договор консенсуальный, договор реальный, договор, подлежащий государственной регистрации, форма договора, согласованная сторонами формализация договора.

## THE CONCLUSION CONTRACT'S PATTERNS (IN MEMORY OF B. L. KHASKELBERG)

© Rovniy V. V., 2023

Irkutsk State University, Irkutsk, Russian Federation

The article is dedicated to the comprehension of the existing conclusion contract's patterns. A number of the Civil Code of the Russian Federation's rules, including art. 433 and art. 434 (point 1, paragraph 2), other rules concerning the process conclusion of a contract – art. 1017 (points 2, 3), art. 1234 (points 1, 2), art. 1235 (points 1, 2) – was analysed. Questions of the necessary grounds of the conclusion a contract (offer, acceptance, passing a property), the act of registration in a contract, the contract's form are scrutinized. A number of inferences was made, in particular: a) consensual contract and real contract are two basic conclusion contract's patterns, they can be complicated because of additional demands from the law or participants of a contract (of registration various objects – main obligatory bargain, act of passing a property or consequence of such an act, of agreed by the participants contract's formalization); b) contract's form has two sides, because it can be defined by the law or by an agreement, so form influences upon the concluded contract's quality or upon the quality the process of concluding a contract; c) the rules of the art. 433 and art. 434 (point 1, paragraph 2) are universal and concern not only obligatory contracts, but disposal ones also; d) the moment of concluding a contract is defined by the basic pattern with taking into consideration complicating this pattern demands; e) the process of concluding a contract is a factual composition with various combination of elements (stages), which are accumulated gradually or in a free style. Inferences are made with taking into consideration legal amendments, illustrated by the examples of the concrete contracts.

*Keywords:* contract's pattern (model), consensual contract, real contract, state registered contract, contract's form, agreed by the participants contract's formalization.

### Вместо введения

28 мая 2023 г. исполняется 105 лет со дня рождения профессора Томского университета Бориса Лазаревича Хаскельберга. В 2003 г. мы написали и опубликовали книгу о консенсуальных и реальных договорах, через год она была переиздана [12]. Сейчас, спустя два десятилетия, мне бы хотелось вернуться к некоторым тем вопросам с учетом изменившегося законодательства, ряда моих публикаций последних лет, а также публикаций других авторов.

Я посвящаю эту статью памяти моего Учителя, Соавтора, Друга...

### Результаты исследования

#### Базовые модели заключения договора.

Заключение всякого договора покоится на предложении его заключить и принятии этого предложения (п. 2 ст. 432 ГК<sup>1</sup>). Двух этих предпосылок – оферты и акцепта – достаточно для

<sup>1</sup> См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1. от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022) // Собр. законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2. от 26 янв. 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 01.01.2022) // Там же. 1996. № 5. Ст. 410; Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 3. от 26 нояб. 2001 г. № 146-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // Там же. 2001. № 49. Ст. 4552; Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 4. от 18 дек. 2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // Там же. 2006. № 52 (Ч. I). Ст. 5496.

заключения *консенсуальных* договоров (от лат. *consensus* – соглашение), которые составляют большинство и признаются заключенными в момент получения оферентом акцепта (п. 1 ст. 433 ГК). Для заключения реальных договоров (от лат. *res* – вещь) помимо оферты и акцепта (консенсуальной части) необходим также реальный акт – *передача имущества*, такие договоры считаются заключенными с момента передачи соответствующего имущества (п. 2 ст. 433 ГК)<sup>1</sup>. Актуальное для современного права деление договоров на консенсуальные и реальные восходит к римскому праву и связывается с той ролью, которую в судьбе договора играет передача имущества: в консенсуальном договоре передача *не участвует* в заключении договора (все передачи договор *исполняют*), в реальном договоре указанная в законе передача участвует в *заключении* договора, другие передачи – его *исполняют*. В современном праве помимо договоров консенсуальных (напр., купля-продажа, аренда, подряд) и реальных (напр., рента, банковский вклад, доверительное управление имуществом) есть также договоры универсальные, они могут быть консенсуальными *или* реальными (напр., ссуда, займ, хранение, страхование). Консенсуальная и реальная модели заключения договора являются базовыми, их могут усложнять дополнительные требования к процессу заключения договора со стороны закона или контрагентов, напр., требование государственной регистрации договора (п. 3 ст. 433 ГК), придания договору определенной согласованной формы (абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК). Модель заключения договора определяют ряд факторов, в том числе специфика конкретного договора, исторические традиции, воля законодателя. Договоры, в которых ничего не передается (напр., предварительный договор – ст. 429 ГК, договоры об организации перевозок – ст. 798 ГК), по этой причине не могут быть реальными. Но если в договоре есть передача какого-либо имущества, законодатель может обсуждать модель его заключения и по-

<sup>1</sup> Н. Г. Валеева (как и некоторые другие авторы) полагает, что в заключении реального договора участвует передача только *вещи* [4, с. 454]. Такое мнение неоправданно ограничивает круг реальных договоров и рамки самого разделения договоров на консенсуальные и реальные. Стоит напомнить, что в п. 2 ст. 433 ГК дважды говорится о передаче *имущества*. По поводу имеющейся в п. 2 ст. 433 ГК ссылки на ст. 224 ГК «Передача вещи» можно заметить следующее. В ГК ст. 224 находится в гл. 14 «Приобретение права собственности», она связана с п. 1 ст. 223 и помогает определить момент возникновения права собственности у приобретателя вещи по договору (т. е. решает *вещно-правовой* вопрос). Напротив, в п. 2 ст. 433 ГК определяется момент заключения реального договора, который далеко не всегда может быть связан с переходом права собственности на вещь (примеры тому – договоры ссуды, перевозки груза, хранения, доверительного управления имуществом – соотв. п. 1 ст. 689, п. 1 ст. 785, п. 1 ст. 886, п. 1 ст. 1012 ГК). Поэтому для п. 2 ст. 433 ГК важна *передача-действие*, а не *передаваемый объект*.

рой – даже отказываться от исторических традиций. Так, с введением в действие части второй ГК (01.03.1996) договор хранения из классического реального стал универсальным (ст. 886 ГК)<sup>2</sup>, с 01.06.2018 то же случилось с договором займа (п. 1 ст. 807 ГК), напротив, договор факторинга утратил универсальность и стал консенсуальным (абз. 1 п. 1 ст. 824 ГК)<sup>3</sup>.

Всякий договор является консенсуальным, если в законе нет данных о другом. Подчинение договора консенсуальной модели достигается указанием на возникающую из заключенного договора *обязанность* каждой стороны совершить то или иное действие (напр., в п. 1 ст. 454, ч. 1 ст. 606 и п. 1 ст. 614, п. 1 ст. 702, п. 1 ст. 779, п. 1 ст. 1041 ГК). О передаче для заключения реального договора законодатель говорит в настоящем времени, используя глагол «*передает*» (п. 1 ст. 583, абз. 1 п. 1 ст. 1012 ГК), или как о действии, которое должно быть совершено к моменту заключения договора (напр., в п. 1 ст. 785 ГК говорится о *вверенном* грузе, в п. 1 ст. 834 ГК – о *стороне, принявшей поступившую* денежную сумму, в п. 1 ст. 886 ГК – о *переданной* вещи). Указание на реальную модель может содержаться не только в определении договора. Так, из п. 1 ст. 929 и п. 1 ст. 934 ГК не следует вывод о реальном характере договора страхования, но именно такой вывод следует из п. 1 ст. 957 ГК, в котором сказано, что договор страхования обычно вступает в силу *в момент уплаты* страховой премии или первого ее взноса. В защиту консенсуального характера договора страхования В. В. Грачев заметил, что в п. 1 ст. 957 ГК «говорится о моменте вступления договора в силу, а не о моменте его заключения. Предписание п. 1 ст. 957 ГК имеет единственную цель – ограничение действия договора страхования страховыми случаями, наступающими после уплаты страховой премии» [5, с. 663–664]. Согласиться с этим нельзя. Дело в том, что ст. 957 ГК «Начало действия договора страхования» решает два разных (хотя и связанных между собой) вопроса: она определяет *момент заключения договора страхования* (п. 1) и *действие заключенного договора страхования во времени* (п. 2). По поводу того, что в п. 1 ст. 957 ГК говорится не о заключении договора, а о вступлении его в силу, следует заметить, что договор

<sup>2</sup> См.: О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 26 янв. 1996 г. № 15-ФЗ (ред. от 11.06.2021) // Собр. законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 411 (его ст. 6).

<sup>3</sup> См.: О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2017. № 31 (Ч. I). Ст. 4761 (его подп. 1 и подп. 15 ст. 2, п. 1 ст. 9).

вступает в силу и становится обязательным для сторон именно с момента его заключения (п. 1 ст. 425 ГК), при этом у законодателя нет причин нарушать единство договора, заключенного и вступившего в силу, в п. 1 ст. 957 ГК<sup>1</sup>. Насчет того, что единственная цель правила п. 1 ст. 957 ГК – ограничить действие договора страхования страховыми случаями, наступающими после уплаты страховой премии, надлежит заметить следующее. В п. 1 ст. 957 ГК о страховых случаях *нет ни слова*, о них говорится далее в п. 2, причем в связи не с ограничением действия договора страхования по кругу страховых случаев, а с *прямо противоположным*: согласно условиям договора так называемое страховое покрытие может распространяться на «случившееся» не только *после* вступления договора страхования в силу, но и *до* этого момента (т. е. договор страхования может действовать с *обратной силой*). Таким образом: а) в п. 1 ст. 957 ГК закон подчиняет договор страхования модели реального договора, но благодаря диспозитивности данного правила (абз. 2 п. 4 ст. 421 ГК) стороны могут отдать предпочтение модели консенсуального договора; б) в ст. 957 ГК, объединившей два разных правила, редакция п. 1 оказалась под явным влиянием правила п. 2.

В непоименованных договорах (т. е. не предусмотренных законом или иными правовыми актами) правила о поименованных договорах могут применяться только по аналогии закона (п. 2 ст. 421 ГК). В отношении модели реального договора аналогия закона (п. 1 ст. 6 ГК) невозможна: согласно п. 2 ст. 433 ГК данная модель возникает «в соответствии с законом» (а не по аналогии с ним) и является *исключением* из общего правила, а правила-исключения не могут толковаться распространительно и применяться по аналогии. Поэтому в условиях действующего законодательства непоименованные договоры являются *консенсуальными*. Исключение составляют договоры *смешанные* (т. е. содержащие элементы различных поименованных договоров): здесь правила о поименованных договорах применяются к отношениям сторон в соответствующих частях не по аналогии, а *напрямую*, если иное не вытекает из соглашения сторон или существования смешанного договора (п. 3 ст. 421 ГК). Поэтому смешанный договор может быть *реальным*, если: а) он содержит элемент хотя бы *одного*

*реального договора* (причем присутствие такого элемента не ограничивается простой его визуализацией на фоне прочих элементов, а *связано с заключением смешанного договора*); б) влияние такого элемента на заключение смешанного договора *не парализовано* соглашением сторон или существом смешанного договора.

Модель заключения договора, предусмотренную законом *императивно*, нельзя изменить соглашением (абз. 1 п. 4 ст. 421, п. 1 ст. 422 ГК), в противном случае последнее будет *недействительно* в целом или в части такого изменения (ст. 180 ГК). В универсальном договоре стороны согласно принципу свободы договора (п. 1 ст. 1, ст. 421 ГК) могут выбирать модель его заключения, действуя с разной – большей или меньшей – свободой выбора. Так, в гл. 36 ГК договор ссуды может подчиняться модели консенсуального или модели реального договора *без каких-либо оговорок*<sup>2</sup>, договор страхования подчиняется модели реального договора, *кроме случаев, когда сам договор отдает предпочтение модели консенсуального договора* (п. 1 ст. 957 ГК), договор займа универсален, но, если *займодавец выступает гражданин*, договор является реальным (п. 1 ст. 807 ГК), договор хранения является реальным, но, если услугу оказывает *профессиональный хранитель*, договор является универсальным (ст. 886 ГК). Известны и случаи *suī generis*. Так, поскольку договор дарения *не всегда порождает обязательство* (ср.: даритель обязуется передать дар, и даритель передает дар – абз. 1 п. 1 ст. 572 ГК), здесь стороны выбирают между моделью *консенсуального* и моделью *распорядительного договора*<sup>3</sup>. Исход-

<sup>2</sup> Можно предположить, что для договора ссуды законодатель видит более предпочтительной модель *консенсуального* договора, тогда как, напр., для договора об отчуждении исключительного права и лицензионного договора – модель *реального* договора (коль скоро в п. 1 ст. 689 ГК сначала говорится «*обязуется передать*» и только затем «*передает*», а в п. 1 ст. 1234 и в абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК сначала говорится «*передает*», «*предоставляет*» и только затем «*обязуется передать*», «*обязуется предоставить*»). Данных в пользу такого предположения нет, скорее всего, указанная редакция закона является *случайной*. Во всяком случае перемена мест «*слагаемых*» (обеспечивающих универсальность заключения договора) не меняет результат (в виде такой универсальности).

<sup>3</sup> Такой договор дарения О. С. Иоффе называл *вещным* [6, с. 395–396], Е. А. Крашенинников – *ручным* [8, с. 74]. Вообще говоря, исходя из так называемого принципа разделения, сделки (в том числе договоры) бывают *обязательственными* и *распорядительными* (*распоряжениями*). Обязательственный договор первично порождает *обязательство* (п. 1 ст. 307 ГК), исполнение которого приводит к конечному правовому результату договора (напр., договор купли-продажи порождает одноименное обязательство, исполнение которого приводит к переходу от продавца к покупателю права собственности на вещь). Распоряжение не порождает обязательство, оно поэтому без его помощи (*непосредственно*) создает правовой результат в виде перехода, обременения, изменения, прекращения права (напр., исполняющая договор купли-продажи передача вещи переносит от продавца к покупателю владение и, как правило, право собственности и контрактный риск). Подробно об этом см. в следующих работах [11, с. 9–30; 9, с. 22–26; 3, с. 34].

<sup>1</sup> Несмотря на то что редакция п. 1 ст. 425 ГК является императивной, «отделение» вступления договора в силу от его заключения по воле контрагентов следует признать возможным. Так, если какой-либо договор заключен под *отлагательным условием* (п. 1 ст. 157 ГК), то: а) условное обстоятельство отделяет заключенный договор от вступления его в силу; б) вступление заключенного договора в силу здесь зависит от разрешения (наступления или отпадения) условного обстоятельства.



ная редакция абз. 1 п. 1 ст. 824 ГК (актуальная до 01.06.2018) и вовсе позволяла выбрать одну из *трех* моделей заключения договора финансирования под уступку денежного требования, а именно: а) модель *двух распоряжений* вместо одного обязательственного договора («агент передает, клиент уступает»); б) модель *консенсуального* договора («агент и клиент обязуются передать и уступить»); в) модель *реального* договора («агент передает, клиент обязуется уступить»). Кстати, модель реального договора, при которой «клиент уступает, агент обязуется передать», блокировало содержавшееся в абз. 1 п. 1 ст. 824 ГК слово «*в счет*», подразумевавшее, что всякая передача агентом денежных средств клиенту – это *предоплата за последующую уступку* [11, с. 39–41]. Иногда выбор между моделью консенсуального и моделью реального договора может *выходить за рамки одного договора*. Так, в гл. 40 ГК выбор между реальным договором перевозки груза (ст. 785) и консенсуальным договором фрахтования (ст. 787) – в действительности выбор между *транспортной услугой и арендой транспортного средства* (гл. 34 ГК)<sup>1</sup>. В гл. 47 ГК при хранении ценностей в индивидуальном банковском сейфе стороны также могут выбирать между *услугой по хранению ценностей и арендой сейфа* (исходя из того, отвечает или нет банк за содержимое сейфа – п. 4 ст. 922); если выбор сторон будет не в пользу консенсуального договора аренды сейфа, далее они смогут выбирать между двумя моделями заключения договора хранения – реальной и консенсуальной (соотв. п. 1 и 2 ст. 886).

**Усложнение базовых моделей.** Дополнительные требования закона к процессу заключения договора *усложняют* базовые модели. Так, специфика заключения реального договора перевозки груза (ст. 785 ГК) обусловлена технико-экономическими особенностями оказания транспортных услуг по перемещению товарно-материальных ценностей: здесь помимо оферты, акцепта и передачи груза *нужны дополнительные элементы и стадии* [12, с. 71–74]. Другой пример усложнения – требование государственной регистрации некоторых договоров (п. 3 ст. 433 ГК), которые могут быть и консенсуальными (п. 2 ст. 609, п. 2 ст. 651, п. 2 ст. 658

ГК), и реальными (ст. 584 ГК<sup>2</sup>). Подлежащие регистрации договоры особенны следующим. Договор считается заключенным, если стороны согласовали все существенные его условия «в требуемой в подлежащих случаях форме» (абз. 1 п. 1 ст. 432 ГК). Для договоров, не подлежащих регистрации, «требуемая форма» может быть устной или письменной (п. 1 ст. 158, ст. 434 ГК), исходя из существующих требований закона к форме договора (напр., п. 1, 3 ст. 609, ст. 633, 643 ГК) и общих требований к форме сделки (ст. 159, 161, 163 ГК). Поскольку совершение регистрационного действия возможно только в отношении договора-*документа*<sup>3</sup>, для подлежащих регистрации договоров «требуемая форма» является *письменной* (бумажной или электронной), иногда закон прямо говорит о необходимости составления *одного подписанного сторонами документа* (п. 4 ст. 434, ст. 651, 658 ГК). Далее. Оферта и акцепт являются односторонними *сделками*, передача для заключения реального договора – тоже *сделка* (договор-распоряжение); напротив, регистрация договора – акт *административный*, призванный закрепить случаи установления и изменения *публично-значимых* юридических фактов (ст. 164, 165, п. 3 ст. 433 ГК)<sup>4</sup>. Регистрация договора может быть не только добровольной, но и *принудительной* (п. 2 ст. 165 ГК). Наконец, правило п. 3 ст. 433 ГК, посвященное подлежащим регистрации договорам: а) связывает с моментом регистрации заключение договора только для *третьих лиц*, но не для участников (т. е. по кругу лиц действует не абсолютно, а *относительно, релятивно*); б) не является строгим, так как закон может *устанавливать иное*.

В ряде случаев закон усложняет заключение договора требованием государственной регистрации не его самого, а *иного объекта*. Так, в договоре доверительного управления имуществом (абз. 1 п. 1 ст. 1012 ГК) и в тех лицензионных договорах, когда правообладатель *предоставляет* право (абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК), объект регистрации – передача недвижимого имущества (п. 2 ст. 1017 ГК) и предоставление права

<sup>1</sup> Договор фрахтования в литературе оценивают по-разному: А. Л. Маковский и В. В. Витрянский как договор *аренды* [10, с. 49; 1, с. 255–256], А. Г. Калпин и Е. В. Вавилин как договор *перевозки* [7, с. 512–514; 2, с. 18–21], О. С. Иоффе – как договор *sui generis*, порождающий *особое обязательство* [6, с. 584–585]. Неоднозначность ситуации усугубляет тот факт, что договор аренды транспортного средства – единственный из всех договоров аренды, который в ст. 632 и 642 ГК формально определен как *реальный*.

<sup>2</sup> Договор отчуждения недвижимости под выплату ренты подлежал регистрации с момента вступления в силу части второй ГК РФ и до тех пор, пока законодатель от этого не отказался, см.: О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 30 дек. 2012 г. № 302-ФЗ (ред. от 04.03.2013) // Собр. законодательства РФ. 2012. № 53 (Ч. I). Ст. 7627 (его п. 8 ст. 2).

<sup>3</sup> См., напр.: О государственной регистрации недвижимости : федер. закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ (ред. от 28.06.2022) // Собр. законодательства РФ. 2015. № 29 (Ч. I). Ст. 4344 (его ст. 21).

<sup>4</sup> Среди других подлежащих регистрации публично-значимых объектов – *юридические состояния* (ст. 47 ГК), *права на имущество* (ст. 8.1, 131 ГК), *субъекты права* (ст. 23, 51 ГК), *объекты прав* (ст. 1232, 1262, 1353, 1414, 1452, 1475, 1480, 1518 ГК).

(абз. 2 п. 2 ст. 1235 ГК), т. е. *стадия заключения реального договора*; в тех договорах об отчуждении исключительного права, когда правообладатель *передает* право (п. 1 ст. 1234 ГК), объект регистрации – переход права (абз. 2 п. 2 ст. 1234 ГК), т. е. *результат передачи как стадии заключения реального договора*. Конечно, редакция п. 2 ст. 1017, ст. 1234 и 1235 ГК вызывает вопросы<sup>1</sup>, но нельзя согласиться с тем, что в п. 3 ст. 1017 ГК законодатель приравнивает незарегистрированную передачу недвижимого имущества (в доверительное управление) к несоблюдению формы договора (доверительного управления), устанавливая общее последствие – *недействительность договора*. Напротив, вполне справедливо, что в п. 6 ст. 1232 ГК незарегистрированный переход (предоставление) права считаются *несостоявшимися*, так как отсюда логично следует *незаключенность* реальных договоров об отчуждении исключительного права и лицензионного договора<sup>2</sup>.

Базовые модели заключения договора могут усложняться не только законом, но и участниками договора за счет усложнения *формы* заключения договора. Начнем с того, что договор считается заключенным не только при условии согласования сторонами всех существенных его условий, но и при условии их согласования в требуемой в подлежащих случаях *форме* (абз. 1 п. 1 ст. 432 ГК). Договоры могут заключаться в *любой* форме, предусмотренной для совершения сделок, если законом для договоров данного вида не установлена определенная форма (абз. 1 п. 1 ст. 434 ГК). Поэтому договоры бывают *неформальными* и *формальными*: первые могут совершаться устно, вторые *должны* совершаться в письменной форме – простой или нотариальной (п. 1 ст. 158, ст. 159, 161, 163 ГК). Той или иной формализации закон требует для разных договоров – консенсуальных, реальных и уни-

версальных, подлежащих и не подлежащих регистрации (ч. 1 ст. 550, п. 1 ст. 560, п. 2 ст. 574, ст. 584, 651, 658, п. 1 ст. 1017, абз. 1 п. 2 ст. 1234, абз. 1 п. 2 ст. 1235 ГК). При заключении договора оферта и акцепт могут проявляться по-разному, но для договора, который должен совершаться в письменной форме, главное – чтобы в итоге стороны на бумаге (в электронной форме) *составили и подписали один документ* (п. 2 ст. 434 ГК). Именно такой документ закон требует, когда необходимо подчеркнуть важность формального момента (напр., в сделках с недвижимостью – ч. 1 ст. 550, п. 1 ст. 560, абз. 1 п. 1 ст. 651, п. 1 ст. 658 ГК). Среди случаев составления «одного документа» особо надежны нотариально удостоверенные документы (ст. 163 ГК). В то же время письменная форма договора не сводится лишь к «одному документу» благодаря двум ее *эзацам (суррогам)*, основанным на *фикциях* (от нем. *ersatz* – замена; лат. *surrogatus* – заместитель; лат. *fictio* – вымысел). Дело в том, что: а) договор в письменной форме может заключаться путем *обмена письмами, телеграммами, электронными документами либо иными данными* (п. 2 ст. 434 ГК); б) письменная форма договора считается соблюденной при акцепте *письменной оферты* посредством совершения *действий по выполнению указанных в ней условий договора*, напр. отгрузки товаров, предоставления услуг, выполнения работ, уплаты денег (п. 3 ст. 434, п. 3 ст. 438 ГК). De facto в первом случае письменную форму имеет не договор, а *оферта и акцепт*, но закон придает письменной форме предпосылок договора значение письменной формы самого договора; во втором случае письменную форму и вовсе имеет *только оферта*, но, если ее дополняет конклюдентный акцепт в виде действий по выполнению указанных в оферте условий договора (от лат. *facta concludentia* – выразительные действия)<sup>3</sup>, закон придает такому сочетанию предпосылок договора значение письменной формы договора. Закон *приравнивает* суррогаты письменной формы к составлению «одного документа», но такое приравнивание является *неполным*: оба суррогата бесполезны, если в силу закона или соглашения сторон договор в письменной форме может быть заключен *только* путем составления «одного документа» (п. 4 ст. 434, ч. 1 ст. 550, п. 1 ст. 560, абз. 1 п. 1 ст. 651, п. 1 ст. 658 ГК).

Договор, который должен совершаться в письменной форме (в отличие от договора, который можно совершить устно), может быть

<sup>1</sup> Общий вопрос состоит в том, не лучше ли было бы во всех этих случаях регистрировать сам *заключаемый договор*? Есть и частные вопросы, напр., зачем в п. 1 ст. 1234 и в абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК говорится «передает или обязуется передать», «предоставляет или обязуется предоставить»; почему в ст. 1234 ГК говорится о *передаче* права (п. 1) и о *переходе* права (абз. 2 п. 2), а в ст. 1235 ГК – только о *предоставлении* права (абз. 1 п. 1, абз. 2 п. 2) и, таким образом, что для исключительного права есть *передача, переход и предоставление*; как в ст. 1234 ГК передача права связана с его переходом и можно ли к *заключению* договора отнести только *передачу* права, тогда как его *переход* связывать уже с *исполнением* договора? Эти и другие вопросы я сейчас оставляю открытыми.

<sup>2</sup> Договор об отчуждении исключительного права, в котором правообладатель *обязуется передать* право (п. 1 ст. 1234 ГК) и лицензионный договор, в котором правообладатель *обязуется предоставить* право (абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК), являются *консенсуальными*, поэтому здесь регистрация перехода (предоставления) права связана с *исполнением* договора, т. е. к *моделям заключения договора отношения не имеет*. То же касается регистрации перехода (предоставления) права в других *консенсуальных* договорах – продажи недвижимости, продажи предприятия, коммерческой концессии (п. 1 ст. 551, п. 1 ст. 564, п. 2 ст. 1028 ГК).

<sup>3</sup> Такой акцепт выполняет *три функции*: а) является ответом о принятии оферты (п. 1 ст. 438 ГК); б) является суррогатом письменной формы договора (п. 3 ст. 434 ГК); в) участвует одновременно в *заключении* договора и в его *исполнении* (п. 3 ст. 438 ГК).

формально нарушен и, следовательно, оспорен по формальному основанию. Примечательно, что за несоблюдение формы договора закон предусматривает последствие не в виде *незаключенности* договора, а как если бы *заклученный договор был лишен должного качества*, имеются в виду: а) сложность доказывания устной сделки и ее условий из-за запрета использовать свидетельские показания (п. 1 ст. 162 ГК)<sup>1</sup>; б) недействительность сделки (п. 2 ст. 162, ч. 2 ст. 550, п. 2 ст. 560, абз. 2 п. 1 ст. 651, п. 3 ст. 658, п. 1 ст. 940, п. 1, 3 ст. 1017, абз. 1 п. 2 ст. 1234, абз. 1 п. 2 ст. 1235 ГК); в) ничтожность сделки (п. 3 ст. 163, п. 2 ст. 429, ч. 2 ст. 820, ст. 836, п. 1, 3 ст. 860.2, п. 1 ст. 1028 ГК)<sup>2</sup>. Таким образом, закон отводит форме роль внешнего атрибута договора, выводя ее за рамки процесса его заключения. Совсем другое дело, если стороны договорились заключить договор в определенной форме, хотя бы законом для договоров данного вида такая форма не требовалась: в этом случае договор считается заключенным *после согласованной его формализации* (абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК). Здесь форма определяет уже не качество заключенного договора, а качество *заключения* договора.

Итак, дуализм формы договора состоит в том, что она может определяться *законом (нормативно)* или *соглашением (индивидуально)*, исходя из этого, форма договора выполняет разные *функции*, а ее несоблюдение влечет разные *последствия*. Форма договора, определенная законом, связана с качеством *заключенного* договора, за ее несоблюдение закон устанавливает

*иные (чем незаключенность договора) последствия*. Форма договора, определенная соглашением, связана с процессом *заключения* договора, поэтому ее несоблюдение должно означать *незаключенность договора*. Поэтому когда в ст. 163 ГК закон устанавливает *ничтожность* сделки за *всякое* несоблюдение ее нотариальной формы (п. 3), в том числе и «в случаях, предусмотренных соглашением сторон, хотя бы по закону для сделок данного вида эта форма не требовалась» (подп. 2 п. 2), такое последствие не соответствует смыслу правила абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК, из которого должна следовать *незаключенность* договора. Поскольку в силу абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК соглашение может изменять установленную законом форму договора, последняя регулируется *односторонне-диспозитивно* (п. 4 ст. 421, ст. 422 ГК). Дело в том, что соглашение о форме договора может лишь *усиливать (ужесточать)* регулирование этого вопроса законом (ср. с п. 2 ст. 332 ГК), поэтому стороны могут отказываться: а) от устной формы в пользу письменной; б) от письменной формы простой в пользу нотариальной; в) от суррогатов письменной формы в пользу «одного документа».

**Заключение распорядительных договоров.** Распорядительные договоры, как и договоры обязательственные, заключаются согласно двум базовым моделям – *консенсуального* или *реального* договора: напр., для заключения договоров о залоге и об установлении сервитута достаточно *оферты* и *акцепта*<sup>3</sup>, для заключения договоров передачи вещи и цессии необходим также *реальный акт* (передача вещи, уступка требования). Так, для заключения обязательственного договора купли-продажи, который может иметь индивидуально-определенный или родовый предмет (п. 1 ст. 454, ст. 455 ГК), необходимо и достаточно *оферты* и *акцепта*. Этот консенсуальный договор продавец исполняет посредством заключения с покупателем другого (распорядительного) договора – о передаче ему индивидуально-определенной вещи, в результате чего покупатель становится владельцем и, как правило, собственником вещи (п. 1 ст. 223 ГК). Для заключения договора о передаче вещи необ-

<sup>1</sup> При отсутствии письменной формы у договора хранения закон не запрещает использовать это средство доказывания в принципе, но *ограничивает* пределы его использования двумя случаями: а) когда вещь передается на хранение при *чрезвычайных обстоятельствах*; б) когда спор касается *тождества вещи*, принятой на хранение и возвращенной назад (соотв. абз. 3 п. 1 и п. 3 ст. 887 ГК).

<sup>2</sup> Разделение договоров на *заклученные* и *незаклученные* – исходная их дихотомия. Незаклученный договор как юридический факт *отсутствует (не существует)*, напротив, заклученные договоры *существуют* и поэтому могут быть действительными или недействительными, договоры недействительные – оспоримыми или ничтожными, возможно также *«исцеление»* некоторых ничтожных договоров (п. 1 ст. 165, п. 2 ст. 171, п. 2 ст. 172 ГК), аннулирование оспоримых договоров с прекращением их действия на *будущее время* (п. 3 ст. 167 ГК), признание договора недействительным *в части* (ст. 180 ГК). Исполнение по незаклученному и по недействительному договору (ничтожному или эффективно оспоренному и аннулированному) *безосновательно* и порождает подлежащее возврату *неосновательное обогащение* или *незаконное владение*. Формально возврат исполнения по незаклученному договору регулирует гл. 60 ГК (а если возврату подлежит индивидуально-определенная и сохранившаяся в натуре вещь – ст. 301–303 ГК), возврат исполнения по недействительному договору – п. 2 ст. 167 ГК. В законе *незаклученность* и недействительность договора – *самостоятельные последствия* (п. 3 ст. 406.1, абз. 2 п. 1 ст. 431.2 ГК), *самостоятельным* является и требование о признании договора незаклученным (п. 3 ст. 432 ГК), часто подчеркивается, что договор именно *считается незаклученным* (п. 7 ст. 449.1, п. 2 ст. 465, ч. 2 ст. 554, абз. 2 п. 1 ст. 555, п. 3 ст. 607, п. 1 ст. 654 ГК), в ст. 1106 ГК говорится о *несуществующем* или о *недействительном* обязательстве.

<sup>3</sup> Сказанное касается и *договора об ипотеке*. Примечательно, что до 01.07.2014 регистрировался сам этот договор как юридический факт, после этой даты регистрируется его последствие – *ипотека как обременение*, см.: О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации : федер. закон от 21 дек. 2013 г. № 367-ФЗ (ред. от 26.07.2017) // Собр. законодательства РФ. 2013. № 51. Ст. 6687 (его п. 1, 5 ст. 3). Между тем Закон об ипотеке продолжает называть объектами регистрации и *договор* об ипотеке, и *ипотеку*, см.: Об ипотеке (залоге недвижимости) : федер. закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ (ред. от 28.10.2021) // Собр. законодательства РФ. 1998. № 29. Ст. 3400 (его ст. 10, 11).



ходимы *оферта, акцепт и акт передачи вещи*. Последний, исходя из условий договора купли-продажи, может совершаться посредством: а) вручения продавцом вещи покупателю (п. 1 ст. 224 ГК); б) сдачи продавцом вещи перевозчику или в организацию связи для ее доставки покупателю (если продавец не обязан сам доставлять вещь – п. 1 ст. 224 ГК); в) передачи продавцом покупателю юридического символа вещи (п. 3 ст. 224 ГК); г) выборки вещи покупателем (если покупатель должен получить вещь в месте нахождения продавца – п. 2 ст. 510, ст. 515 ГК). Если для исполнения договора купли-продажи используется *traditio brevi manu* (так называемая передача короткой рукой), вещь, уже находящаяся во владении покупателя, *не передается, а признается переданной* с момента заключения договора купли-продажи (п. 2 ст. 224 ГК). Процесс заключения распорядительных договоров могут усложнять дополнительные требования со стороны закона или контрагентов. Так, некоторые распоряжения в соответствии с п. 3 ст. 433 ГК подлежат *государственной регистрации* (напр., передача недвижимого имущества в п. 2 ст. 1017 ГК, предоставление права в п. 2 ст. 1028 и в абз. 2 п. 2 ст. 1235 ГК). В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК распоряжения могут подвергаться *согласованной формализации* (напр., стороны могут согласовать простую письменную или нотариальную форму передачи вещи, даже если закон этого не требует).

### Заключение

Изложенное выше позволяет сделать следующие общие выводы.

1. Для заключения разных договоров необходим различный набор стадий:

– для консенсуального договора это: 1) оферта и 2) акцепт;

– для реального договора это: 1) оферта; 2) акцепт; 3) передача;

– для консенсуального договора, подлежащего государственной регистрации, это: 1) оферта; 2) акцепт; 3) регистрация договора;

– для реального договора, подлежащего государственной регистрации, это: 1) оферта; 2) акцепт; 3) передача; 4) регистрация договора.

При использовании контрагентами правила абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК процесс заключения договора дополняется стадией *согласованной его формализации*, поэтому здесь:

– для консенсуального договора потребуются: 1) оферта; 2) акцепт; 3) согласованная формализация договора;

– для реального договора потребуются: 1) оферта; 2) акцепт; 3) передача; 4) согласованная формализация договора;

– для консенсуального договора, подлежащего государственной регистрации, потребуются: 1) оферта; 2) акцепт; 3) согласованная формализация договора; 4) регистрация договора;

– для реального договора, подлежащего государственной регистрации, потребуются: 1) оферта; 2) акцепт; 3) передача; 4) согласованная формализация договора; 5) регистрация договора.

Заключение некоторых договоров подчиняется особым правилам, напр.:

– при заключении договора доверительного управления недвижимым имуществом необходимы: 1) оферта; 2) акцепт; 3) передача имущества; 4) государственная регистрация *передачи*;


– при заключении реального договора об отчуждении исключительного права необходимы: 1) оферта; 2) акцепт; 3) передача права; 4) регистрация *перехода права*;

– при заключении реального лицензионного договора необходимы: 1) оферта; 2) акцепт; 3) предоставление права; 4) регистрация *предоставления права*.

Правила ст. 433 и абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК касаются договоров не только *обязательственных*, но и *распорядительных*.

2. Момент заключения консенсуального договора определен в п. 1 ст. 433 ГК, момент заключения реального договора – в п. 2 ст. 433 ГК. Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным для третьих лиц с момента *его регистрации* (п. 3 ст. 433 ГК), для участников договора этот момент определяет п. 1 ст. 433 ГК (если базовой является модель консенсуального договора) или п. 2 ст. 433 ГК (если базовой является модель реального договора). Если базовую модель консенсуального договора усложняет правило абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК, момент заключения договора следует определять не по моменту получения оферентом акцепта, а по моменту *согласованной формализации договора* (так как правило абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК – *lex specialis* относительно правила п. 1 ст. 433 ГК). Если правило абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК усложняет базовую модель реального договора, момент заключения договора следует определять по моменту *передачи* или по моменту *согласованной его формализации*, исходя из того, какой из двух этих актов совершается *позднее* (так как оба акта здесь дополняют оферту и акцепт, участвуют в заключении договора и относительно друг друга могут совершаться *произвольно*). Наконец, если правило абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК усложняет договор, подлежащий государственной регистрации, момент заключения договора следует определять для третьих лиц по моменту *регистрации договора* (п. 3 ст. 433 ГК), а для участников – по моменту *согласованной его*

формализации (если базовой является модель консенсуального договора) либо по моменту передачи или согласованной его формализации, исходя из того, какой из двух этих актов совершается *позднее* (если базовой является модель реального договора).

3. Процесс заключения договора представляет собой *фактический состав*, элементы которого (стадии) «накапливаются» *последовательно* или *произвольно*. Оферта всегда опережает акцепт, коль скоро оферта – предложение заключить договор, а акцепт – ответ о принятии оферты, который должен быть полным и безоговорочным, при этом ответ заключить договор на иных условиях признается новой офертой (п. 1 ст. 438, ст. 443 ГК). Передача имущества для заключения реального договора обычно следует за офертой и акцептом, но может им предшествовать (при *traditio brevi manu* – п. 2 ст. 224 ГК). Согласованная сторонами формализация договора (абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК) всегда следует за офертой и акцептом, а в реальном договоре она может совершаться до или после передачи имущества. В договоре, подлежащем регистрации (п. 3 ст. 433 ГК), регистрация всегда следует за офертой и акцептом, а также формализацией (документированием) договора согласно требованиям закона. Но, если для договора, подлежащего регистрации, сторонами была согласована «усиленная» форма его заключения (абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК), регистрация договора и соответствующая его формализация могут совершаться с *разной последовательностью*. В этом случае, если согласованная сторонами формализация договора состоится *до* его регистрации, договор будет считаться заключенным *раньше для участников и позднее для третьих лиц*. Но если вдруг согласованная сторонами формализация договора произойдет *после* его регистрации, договор будет считаться заключенным *раньше для третьих лиц и позднее для участников*. 

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга четвертая: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М.: Статут, 2003. 910 с.
2. Вавилин Е. В. Осуществление прав и исполнение обязанностей по договору аренды транспортных средств. М.: Волтерс Клувер, 2009. 136 с.
3. Варул П. А. Распорядительные сделки // Сборник научных статей в честь 60-летия Е. А. Крашенинникова / под ред. П. А. Варул. Ярославль, 2011. С. 34–42.
4. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 2 / под ред. Б. М. Гонгало. М.: Статут, 2016. 528 с.
5. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 2 / под ред. А. П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2009. 880 с.
6. Иоффе О. С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. 880 с.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / под ред. В. П. Мозолина, М. Н. Малеиной. М.: Норма, 2006. 1136 с.

8. Крашенинников Е. А. Правовой характер дарения // Очерки по торговому праву / под ред. Е. А. Крашенинникова. Ярославль, 2007. Вып. 14. С. 72–78.

9. Крашенинников Е. А. Распорядительные сделки // Сборник статей памяти М. М. Агаркова / под ред. Е. А. Крашенинникова. Ярославль, 2007. С. 22–32.

10. Маковский А. Л. Правовое регулирование морских перевозок грузов. М.: Морской транспорт, 1961. 314 с.

11. Ровный В. В. Теоретические вопросы передачи вещи. Иркутск: Изд-во ИГУ, 2020. 195 с.

12. Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. М.: Статут, 2004. 124 с.

#### REFERENCES

1. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. *Dogovornoje pravo. Kniga 4. Dogovori o perezovzke, buksirovke, transportnoj expeditzii i inih uslugah v sfere transporta* [Contract law. Book 4: Contracts of carriage, towage, transport dispatch and other service activities in transport sphere]. Moscow, Statut Publ., 2003, 910 p. (in Russian)
2. Vavilin E.V. *Osushchestvlenije prav i ispolnenije objazannostej po dogovoru arendi transportnih sredstv* [Realization rights and discharging duties according to the transport lease contract]. Moscow, Wolters Kluwer Publ., 2009, 136 p. (in Russian)
3. Varul P.A. *Rasporjaditelnije sdelki* [Disposal bargains]. *Sbornik nauchnih statej v chest' 60-letija E. A. Krashenninnikova; pod red. P. A. Varul* [Collection of the scientific articles dedicated to E.A. Krashenninnikov's 60-th years old; ed. P. A. Varul]. Jaroslavl, 2011, pp. 34-42. (in Russian)
4. *Grazhdanskoje pravo : uchebnik. V 2 t. T. 2 pod red. B. M. Gongalo* [Civil law : textbook in 2 volumes. Vol. 2, ed. B. M. Gongalo]. Moscow, Statut Publ., 2016, 528 p. (in Russian)
5. *Grazhdanskoje pravo : uchebnik. V 3 t. T. 2 pod red. A. P. Sergeeva* [Civil law : textbook in 3 volumes. Vol. 2 ed. A. P. Sergeev]. Moscow, TK Velbi Publ., 2009, 880 p. (in Russian)
6. Ioffe O.S. *Objazatelstvennoe pravo* [Obligatory law]. Moscow, Jurid. lit. Publ., 1975, 880 p. (in Russian)
7. *Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, chasti vtoroj pod red. V.P. Mozolina, M.N. Maleinoj* [Civil Code of Russian Federation's commentary. Part 2, ed. V.P. Mozolin, M.N. Maleina]. Moscow, Norma Publ., 2006, 1136 p. (in Russian)
8. Krashenninnikov E.A. *Pravovoj harakter darenija* [Legal character of a gift]. *Ocherki po torgovomu pravu, red. E.A. Krashenninnikov* [Commercial Law's Essays, ed. E.A. Krashenninnikov]. Jaroslavl, 2007, vol. 14, pp. 72-78. (in Russian)
9. Krashenninnikov E. A. *Rasporjaditelnije sdelki* [Disposal bargains]. *Sbornik statej pamjati M. M. Agarkova, pod red. E. A. Krashenninnikova* [Collection of the articles dedicated to M. M. Agarkov's memory, ed. E. A. Krashenninnikov]. Jaroslavl, 2007, pp. 22-32. (in Russian)
10. Makovskiy A.L. *Pravovoje regulirovanije morskikh perezovozok gruzov* [Legal regulation of a carriage cargoes by sea]. Moscow, Morskoy transport Publ., 1961, 314 p. (in Russian)
11. Rovniy V.V. *Teoreticheskiye voprosi peredachi veshi* [Theoretical questions of delivering thing]. Irkutsk, IGU Publ., 2020, 195 p. (in Russian)
12. Khaskelberg B.L., Rovniy V.V. *Konsensualnije i realnije dogovori v grazhdanskom prave* [Consensual and real contracts in civil law]. Moscow, Statut Publ., 2004, 124 p. (in Russian)

*Статья поступила в редакцию 30.09.2022; одобрена после рецензирования 12.12.2022; принята к публикации 08.02.2023*

*Received on 30.09.2022; approved on 12.12.2022; accepted for publication on 08.02.2023*

**Ровный Валерий Владимирович** – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права, Юридический институт, Иркутский государственный университет (Россия, 664003, г. Иркутск, ул. К. Маркса, 1), ORCID: 0000-0002-4691-5340, ResearcherID: AFR-3491-2022, e-mail: rovníy@mail.ru

**Rovniy Valeriy Vladimirovich** – Doctor of Juridical Science, Professor, Professor of The Civil Law Department, Law Institute, Irkutsk State University (1, K. Marx st., Irkutsk, 664003, Russian Federation), ORCID: 0000-0002-4691-5340, ResearcherID: AFR-3491-2022, e-mail: rovníy@mail.ru