

Purchase and sale as a real contract: a critique of the transactional nature of the tradition

E. Y. Motovilovker¹

¹P. G. Demidov Yaroslavl State University, Yaroslavl, Russian Federation

DOI: 10.18255/2949-3439-2025-3-318-339

Research article
Full text in Russian

The article presents a critical analysis of the prevalent view in civil law literature, which holds that for a real contract to be concluded, the transfer of an object from one party to another is necessary alongside the agreement. This perspective logically contradicts the understanding of a real contract as one that is considered concluded upon the transfer of the property. In this regard, the author proposes a new wording for paragraph 2 of Article 433 of the Civil Code of the Russian Federation: "If the parties agree upon the transfer of the object at the conclusion of the contract, from the moment of which the performance of the contract begins, the law may provide that such a contract is deemed concluded from the moment of transfer."

The author argues against the validity of the concept that, since a real contract of gift does not create any obligation, it is a contract concluded solely by the transfer of the object to the donee, without any agreement. The essence of the real gift contract lies in the fact that, by concluding it, the donor expresses the intention to transfer the object to the donee, without being obligated to do so, as the gift contract is only considered concluded at the moment of transfer.

Keywords: real contract; consensual contract; proprietary contract; contractual obligation; transfer of property; gift agreement; basis for the emergence of ownership rights; legal fact

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Motovilovker, Evsey. Y. | E-mail: jakobs55@rambler.ru
Cand. Sc. (Jurisprudence), Associate Professor

For citation: Motovilovker E. Y. Purchase and sale as a real contract: a critique of the transactional nature of the tradition // Demidov Law Journal. 2025. Vol. 15, No. 3. P. 318-339. (in Russ.)

Парадокс реального договора дарения вещи как синдром догматической беспредметности и абстрактности

Е. Я. Мотовиловкер¹

¹ Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова, Ярославль, Российская Федерация

DOI: 10.18255/2949-3439-2025-3-318-339

Научная статья

УДК 347.4

Полный текст на русском языке

В статье проводится критический анализ распространенного в цивилистической литературе представления, согласно которому для заключения реального договора наряду с соглашением необходима также передача вещи одной стороной другой. Эта точка зрения логически противоречит пониманию реального договора как договора, который считается заключенным с момента передачи имущества. В связи с этим автор предлагает новую редакцию п.2 ст. 433 ГК РФ: «Если при заключении договора стороны договариваются о передаче вещи, с совершения которой начинается исполнение договора, в законе может быть предусмотрено, что такой договор считается заключенным с момента передачи».

Автор обосновывает несостоятельность концепции, утверждающей, что, поскольку реальный договор дарения вещи не порождает какого-либо обязательства, он является договором, заключаемым одной только передачей вещи одаряемому, без всякого соглашения.

Суть реального договора дарения состоит в том, что, заключая его, даритель выражает намерение передать вещь одаряемому, **не обязываясь** к передаче, ибо только **в момент передачи** договор дарения считается заключенным.

Ключевые слова: реальный договор; консенсуальный договор; вещный договор; договорное обязательство; передача вещи; договор дарения; основание возникновения права собственности; юридический факт

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Мотовиловкер, Евсей Яковлевич

E-mail: jakobs55@rambler.ru

Кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса

Для цитирования: Мотовиловкер Е. Я. Парадокс реального договора дарения вещи как синдром догматической беспредметности и абстрактности // Демидовский юридический журнал. 2025. Том 15, № 3. С. 318-339.

1. Законодательное разделение консенсуального и реального договора дарения вещи. Практически каждый цивилист-аналитик понимает, что законодатель,

а) записав в п.1 ст. 572 ГК РФ (далее ГК), «*По договору дарения даритель безвозмездно передает или обязуется передать* одаряемому вещь в собственность ...»,

б) по сути объявил, что этот договор *по моменту, с которого он считается заключенным*, может являться как **консенсуальным**, так и **реальным**.

Следовательно, если использовать заложенные в п.п.1,2 ст. 433 ГК формулы, договор дарения может быть, как договором, который считается заключенным с момента **достижения соглашения** (и тогда он – *консенсуальный*), так и договором, который считается заключенным с момента **передачи дарителем вещи одаряемому** (и тогда он – *реальный*).

Консенсуальность договора дарения вещи расписывается законодателем в п. 2 ст. 572 ГК. Там говорится, что «обещание безвозмездно передать кому-либо вещь (обещание дарения) *признается* договором дарения и *связывает* обещавшего», если сделано в *письменной* форме, содержит *ясно* выраженное намерение одарить и указание на *конкретный* предмет. **Прокомментируем** этот текст.

Во-первых, в этом тексте говорится об условиях признания в качестве *договора дарения* «чистого» соглашения, которое именуется законодателем «**обещание дарения в будущем**» (п. 2 ст. 574 ГК).

Именно «чистого» соглашения, ведь, *обещая* подарить вещь, даритель *не занимается ничем другим, кроме как* **выражает намерение, изъясляет волю**, по сути **обязуется** подарить определенную вещь другому лицу. И *такое обещание*, будучи содержанием договора дарения, естественно является *согласованным* обещанием, представляя собой **отдельный акт заключения соглашения**, не сопровождающегося передачей вещи (ведь передача обещана в будущем).

Отсюда следует значимый тезис: **обещание дарения в будущем есть соглашение** о дарении.

Во-вторых, далее очевидно, что постулат законодателя «**обещание дарения, совершенное в письменной форме, признается договором дарения**», следует понимать, как

письменное обещание дарения признается **заключенным** договором дарения, т. е. **считается заключенным** договором дарения.

И поскольку обещание дарения есть *соглашение*, образующее договор дарения, мы получаем вывод о его **консенсуальности**:

«**договор дарения, содержащий обещание дарения в будущем, считается заключенным с момента достижения письменного соглашения**».

В-третьих, логичность этой мысли подтверждается размышлением над вопросом, что означает тезис, согласно которому **договор дарения считается заключенным с момента достижения соглашения**. Законодатель в п.2 ст. 572 ГК смутно и абстрактно отвечает: это значит, что **договор «связывает обещавшего»**.

Точный смысл этого оборота становится понятным, если иметь в виду, что

а) лицо, **пообещавшее** другому подарить вещь в будущем, тем самым **обязалось** к дарению,

б) а точнее, **обязалось совершить одно только действие: действие по передаче вещи одаряемому**, естественно с целью возникновения у последнего права собственности.

Почему только действие по передаче вещи? Потому что, обещая **дарение вещи**,

а) некое лицо обещает **передать вещь** другому,

б) выражая при этом *м о т и в* – **передать право собственности на вещь**.

Между тем, *никакого специального действия по передаче (переносу) права собственности за пределами соглашения о дарении даритель совершить не сможет*. Почему?

Потому что право собственности **возникает** у одаряемого на основании договора **в определенный момент** (при дарении движимой вещи – в момент ее передачи).

Таким образом, обещая дарение вещи, даритель **не обещает** одаряемому и, следовательно, **не обязуется** совершить в будущем *действие по передаче ему права собственности на вещь*. Ведь нельзя обязаться к действию, которое невозможно совершить.

Он лишь **выражает намерение** передачи титула, **обещая**, а значит, **обязуясь при этом** передать вещь одаряемому.

Принципиальное отступление. Последняя мысль (обещает действие, значит, обязуется к нему) является следствием применения одного из **логических законов цивилистики осознанности**, который гласит:

«Сторона договора, которая *в процессе его заключения обязуется* совершить в пользу другой стороны определенное *действие*, тем самым **обещает** (выражает намерение, изъявляет волю) ей совершить *это действие*».

Таким образом, **обещание дарения** вещи в будущем **как соглашение**, с одной стороны, устанавливает **обязанность дарителя** передать вещь одаряемому к определенному сроку, а с другой – соответствующее **право требования одаряемого**. И, следовательно, тезис законодателя «договор дарения *связывает обещавшего*» означает,

а) что договор **связывает дарителя обязанностью передать вещь**,

б) точнее, что у дарителя в момент заключения договора **возникает обязанность передать вещь одаряемому**.

Итоговый вывод: *считающийся, по логике п.2 ст.572 ГК, заключенным с м о м е н т а достижения сторонами письменного соглашения (обещания дарения в будущем), а потому являющийся консенсуальным договор дарения вещи*

предстает основанием возникновения в этот м о м е н т обязательства по передаче вещи.

Реальность договора дарения вещи устанавливается законодателем в абз.1 п. 1 ст. 574 ГК. Там сказано: «**Дарение, сопровождаемое передачей дара одаряемому**, может быть совершено **устно**»,

за исключением случаев, когда договор дарения движимой вещи должен быть заключен *в письменной форме* (п. 2 ст. 574 ГК), и, когда предметом договора дарения является *недвижимое имущество* (п. 3 ст. 574 ГК). **Прокомментируем** этот текст.

Что законодатель имеет в виду под термином «дарение» **в контексте** «сопровожаемое передачей дара одаряемому»? В этом контексте под дарением он имеет в виду

- а) акт заключения **соглашения о дарении**,
- б) т. е. акт **выражения намерения** одним лицом *подарить вещь* другому, на который последний **ответил согласием**,
- в) проще говоря, акт **согласованного выражения намерения** (согласованного изъяснения воли) передать вещь *в дар*.

Что законодатель имеет в виду под «**передачей дара одаряемому**»? Он, разумеется, имеет в виду **действие дарителя по передаче вещи**.

Так выходит, что «дарение, **сопровожаемое** передачей дара одаряемому» означает ситуацию, когда

некое лицо, *выразив намерение* подарить вещь другому, либо **немедленно передает** ее одаряемому, либо **совершает передачу через определенный промежуток времени**.

Иначе говоря, в тексте абз. 1 п. 1 ст. 574 ГК представлена ситуация, когда за **соглашением** о дарении вещи, сразу или спустя некоторое время, **следует** ее передача.

Дальше становится очевидным, *как* в контексте представленных выше смыслов **следует понимать** фразу: «Дарение, сопровождаемое передаче дара одаряемому **может быть совершенно устно**».

Ее следует понимать так: «Совершенный в устной форме договор дарения движимой вещи **считается заключенным с момента** последующей передачи вещи одаряемому».

Другими словами, выраженная в абз. 1 п. 1 ст. 574 ГК норма приобретает следующий вид: «Если совершен устный договор дарения движимой вещи, то он **считается заключенным** а) **не с момента** достижения соглашения, б) **а с момента** передачи вещи одаряемому».

Если Вы, – обращается законодатель к гражданам, – *устно* пообещали кому-либо подарить вещь, получив на это согласие одаряемого, то имейте в виду, до тех пор, пока не произойдет передача дара, ваше *соглашение* не будет **считаться заключенным договором** и не будет являться **основанием перехода права собственности к одаряемому**.

Итоговый вывод: законодатель через высказывание абз. 1 п. 1 ст. 574 ГК *по моменту заключенности* объявил **устный** договор дарения движимой вещи **реальным договором** (в точном соответствии с формулой реального договора, обозначенной в п. 2 ст. 433 ГК).

2. Проблема уникальности реального договора дарения.

2.1. Своеобразие реального договора дарения связано с вопросом, *что означает факт*, согласно которому устный договор дарения **считается заключенным с момента передачи вещи одаряемому**?

Во-первых, этот факт означает, что реальный договор дарения, в отличие от консенсуального, *не предстает основанием возникновения* у дарителя обязанности передать вещь одаряемому (ведь *до передачи* договор не считается заключенным).

Во-вторых, этот факт означает, что **единственным последствием** такого договора дарения является *прекращение* у дарителя и *возникновение* у одаряемого права собственности на дар в момент его передачи, т. е. *переход титула на вещь* (так называемый **вещный эффект**).

В такой ситуации ученые цивилисты не могли не прийти к выводу о том, что *реальный договор дарения не является основанием возникновения каких-либо обязательств*, вообще, как они пишут, их не порождает, т. е. вообще, не создает для сторон *каких-либо обязанностей*.¹

Между тем, именно это обстоятельство, действительно подчеркивающее своеобразие реального договора дарения вещи, создало для теоретиков **серьезную проблему**, привело их в состояние *повышенной озабоченности*, можно сказать вызвало у них «интеллектуальный шок».

Все дело в том, что они посчитали такую особенность этого договора *чрезвычайно своеобразной и совершенно уникальной*, обосновывая это тем, что он **не соответствует традиционному представлению** о *поименованном договоре*, указанном в ГК.

«Вследствие такой квалификации (имеется в виду квалификация реального договора – Е. М.), – замечал О. С. Иоффе, – дарение оказалось в весьма своеобразном положении в общей системе гражданско-правовых договоров. Все прочие договоры служат основанием возникновения обязательств между заключившими их лицами.» [1. С. 305].

А что здесь сверх особенного, – заметит любопытствующий читатель. Ну **не возникает** на основании реального договора дарения того самого *единственного обязательства по передаче вещи*, как это происходит при консенсуальном дарении. Но зато у одаряемого на основании договора **возникает право собственности на нее**. Чем не последствие? Причем отнюдь *не уникальное* для многих поименованных договоров. *Кроме* договора дарения **переход права собственности на вещь** происходит на основании, к примеру, договоров купли-продажи, мены, ренты или займа.

На это замечание подавляющее число цивилистов ответит, что свято чтит сотворенную еще Ф. К. Савиньи догму, согласно которой **всякий поименованный договор**,

а) **порождает** только и исключительно обязательства

б) и, соответственно, **не может являться основанием** перехода права собственности, даже если такое последствие является результатом определенного поименованного договора, например, купли-продажи или дарения.²

¹ «Иначе говоря, – писал О. С. Иоффе, – дарение как реальная сделка никаких обязательственных правоотношений не порождает» [1. С.305-306].

² Дискутируя с Е. А. Сухановым по поводу вещной природы традиции, Д. О. Тузов замечает, что основанием перехода права собственности от продавца к покупателю, является не обязательственный договор купли-продажи, который «создает, по общему правилу, лишь *обязательство*», а именно традиция, т. е. акт передачи вещи покупателю, поскольку «для вещного эффекта необходима *новая сделка*, пусть и совершенная во исполнение сделки основной, обязательственной» [2. С.69].

Вот так, **реальный договор дарения**, оказавшийся в силу своей безвозмездности, с одной стороны, **без обязательства**, а с другой – с одним только вещным эффектом в виде перехода права собственности,

предстал перед традиционной доктриной **необычным исключением в системе поименованных договоров**, этакой «белой вороной», неким «из ряда вон».

Разумеется, что подобная исключительность поставила перед теоретиками **задачу снять догматическую странность этого договора**, т. е. детально и непротиворечиво объяснить его феноменальность на основе глубинного понимания базовой терминологии.

2.2. Решая эту задачу, многие цивилисты первым делом подводят **реальный договор дарения** под термин **«вещный договор»**,

обосновывая этот ход тем, что **возникновение права собственности на вещь у одаряемого** (вещный эффект) является **единственным последствием данной сделки**.

Обратив внимание на то, что **реальный договор дарения** никаких обязательственных правоотношений не порождает, а в момент передачи вещи одаряемый становится ее собственником, О. С. Иоффе писал: «Чтобы оттенить отмеченное своеобразие дарения, его иногда именуют вещным договором» [1. С. 395-396]

По мнению Б. Л. Хаскельберга и В. В. Ровного «не создавая для сторон каких-либо обязанностей вообще», **реальный договор дарения «имеет не обязательственный, а вещный характер**, т. е. является **вещным договором**». [3. С. 27].

Констатируя, что в ситуации заключения **реального договора дарения** вещи отмена дарения невозможна, М. И. Брагинский далее умозаключил: «Налицо, следовательно, **обычный вещный договор**». [4.].

Очевидно, что сам по себе термин **«вещный договор»** в данной ситуации ничего не объясняет, ибо является тавтологической производной от оборота **«договор, порождающий вещный эффект»**. Так что вопрос, как с помощью базовых терминов договорного права дать непротиворечивое объяснение **вещному и необязательственному** характеру **реального договора дарения**, остается открытым.

Одним из авторов, дающих такое объяснение, правда очень краткое, был известнейший цивилист О. С. Иоффе.

3. Противоречия в трактовке О. С. Иоффе. Отметив, что в отличие от **реального договора дарения**, все «прочие договоры служат основанием возникновения обязательств между заключившими их лицами», ученый далее заявил:

«Но так как в дарственном акте передача вещи означает совершение сделки, то никакие обязанности из заключенного договора для дарителя возникнуть не могут, а одаряемый также не является обязанным лицом ввиду одностороннего характера договора дарения» [1. С. 395].

Как видно из цитаты, **своеобразие** **реального договора дарения объясняется тем**, что в дарственном акте **передача вещи означает совершение сделки** (разумеется, сделки дарения).

Далее нетрудно умозаключить, что на взгляд автора отсутствие на выходе из **реального договора дарения** каких-либо обязательств, обосновывается представлением, согласно которому

- а) передача вещи одаряемому является **актом его заключения**, иначе говоря,
- б) реальный договор дарения **заключается путем** передачи вещи.

Между тем, формулируя такую позицию, О. С. Иоффе ясно дает понять, что комментирует ч. 2 ст. 256 ГК РСФСР, где сказано: «Договор дарения считается заключенным в момент передачи имущества». «Не подлежит, следовательно, сомнению, – продолжал ученый, – что он определен здесь как реальный договор» [1. С. 395].

По логике этого высказывания проф. Иоффе должен был сделать осознанный вывод о том, что

в конструкции реального договора *передаче вещи* отведена роль **момента, с которого договор считается заключенным**. Ведь этот вывод является логическим следствием текста ч. 2 ст. 256 ГК РСФСР.

Однако, вместо этого он выдвинул тезис, согласно которому *передача вещи* играет роль *заключения реального договора дарения*. Тезис, который, на наш взгляд, **противоречит** логике законодательной формулы реальной сделки и приводит к **серьезным ошибкам** в рассуждениях о своеобразии реального дарения. Прокомментируем эту позицию.

Замечание первое. Тезис «*передача вещи означает совершение сделки дарения*» становится абсурдом, если подумать о нем в контексте формулы реального договора. Ведь получается бессмыслица: «реальный договор, заключаемый путем передачи вещи, считается заключенным с момента передачи вещи». Или проще, «передача является моментом, с которого она считается совершенной».

Замечание второе. Когда мы говорим, что реальный договор **считается заключенным** с момента передачи вещи,

то в сравнении с **консенсуальным** договором («соседом» по классификации) это означает, что

он **не считается заключенным** с момента **достижения соглашения** по всем существенным условиям.

Следовательно, реальный договор **к моменту** передачи вещи **предстает соглашением** и, вопреки мнению О. С. Иоффе, никак не может отождествляться с передачей. Просто до передачи он **не считается** заключенным договором и не выступает основанием возникновения согласованных прав и обязанностей.

Да бывает, что соглашение о дарении достигается не **до** передачи вещи, а **в момент** ее передачи, например, когда приглашенный на день рождения, вручая вещь юбиляру, говорит: «Дарю». Но это означает **не то**, что договор дарения заключается путем передачи вещи, а **то**, что выражение намерения одарить (устное соглашение о дарении) **сопровождается** передачей вещи и будет считаться заключенным договором в момент ее окончания (см. выше комментарий к п. 1 ст. 574 ГК).

Таким образом, утверждая, что реальный договор дарения заключается путем передачи вещи, О. С. Иоффе просто-напросто **исключает соглашение** о дарении из процесса заключения договора,

упуская из виду, что **без такого соглашения само действие дарителя по передаче вещи лишается с м ы с л а** передачи вещи **именно в дар**, то есть лишается **ц е л и**, которую преследует даритель, – **возникновение у одаряемого права собственности на вещь**.

Замечание третье. По мнению О. С. Иоффе, выражающий *своеобразие* реального договора дарения факт, что «никакие обязанности из заключенного договора для дарителя возникнуть не могут»,

является *прямым логическим следствием* трактовки совершения реальной сделки дарения как передачи вещи одаряемому.

Позволим себе не согласиться с подобным умозаключением.

Во-первых, дело не в том, что из заключенного реального договора дарения для дарителя не могут возникнуть **никакие** обязанности, а в том, что не может возникнуть именно **обязанность передать вещь одаряемому**.

Во-вторых, данный факт объясняется **не тем**, что заключение договора дарения означает передачу вещи, **но тем**, что реальный договор дарения *считается заключенным с момента передачи вещи* и, следовательно, не является основанием возникновения обязанности по передаче.

В-третьих, отмеченный факт отнюдь **не является своеобразием** именно **реального договора дарения**, потому что он является следствием заключения **любого поименованного реального договора**, к примеру, договора займа или договора банковского вклада. Просто передача вещи является *единственным* действием, которое совершает даритель во исполнение договора дарения, и другой обязанности у него возникнуть не может (это, кстати, характерно и для договора займа, и для договора банковского вклада).

В-четвертых, что же касается отсутствия каких-либо обязанностей у одаряемого, то вопреки мнению О. С. Иоффе, это происходит не «ввиду *одностороннего* характера договора дарения», а ввиду **его безвозмездности**, которая,

с одной стороны, присуща другим поименованным договорам (например, договорам ссуды, с оговоркой - займа или хранения),

а с другой – является характеристикой не передачи вещи, а **договора** дарения, содержащего соглашение об отсутствии встречного предоставления со стороны одаряемого.

Таким образом, догматическое представление об уникальности реального договора дарения вещи снимается пониманием, что **отсутствие** у него обязательно-правовых последствий является закономерным, *естественным*, обычным проявлением его *реальности* и *безвозмездности*.

Замечание четвертое. Анализируя реальный договор дарения О. С. Иоффе не мог не заметить, что его *своеобразие усиливается возникновением* у одаряемого в момент передачи вещи *права собственности на нее*. Разумеется, ученый в своем объяснении должен был коснуться этого аспекта. Он сделал этот шаг в продолжение рассмотренного нами ранее высказывания.

«Иначе говоря, – замечал О. С. Иоффе, – дарение как реальная сделка никаких обязательственных правоотношений не порождает, а заключается путем исполнения сделки, сразу же превращающей одаряемого в собственника этого имущества, полученного в виде дара. Чтобы оттенить отмеченное своеобразие дарения, его иногда именуют вещным договором» [1. С.395-396].

Мы видим здесь, что автор дополняет свою позицию о передаче вещи как совершении сделки дарения, присвоением передаче роль исполнения сделки. И получа-

ется еще больший абсурд: реальный договор дарения и заключается путем передачи вещи, и этой же передачей сам себя исполняет.

А дальше к этому понятийному нагромождению, где передача вещи является и заключением, и исполнением договора дарения, а сам договор лишен соглашения, он присоединяет весьма скудную метафору о превращении одаряемого в собственника, намекая на то, что такое превращение является своеобразием реальной сделки дарения, которое оттеняется термином «вещный договор».

Думается, что таким ходом мысли автор не оттенил, а затушевал простую и достаточно очевидную мысль: *своеобразие реального договора дарения заключается в единственности его правового последствия*, коим выступает *возникновение в момент передачи вещи права собственности у одаряемого*.

Скрытый мотив такого замалчивания, на наш взгляд, лежал в желании замечательного цивилиста не допустить проникновения в научный оборот представления о *направленности договора дарения на переход права собственности*, которое по сути *опровергает традиционную догму* о чисто обязательственной природе всякого поименованного договора.

Ведь от этого представления «рукой подать» до *крамольного* мнения, согласно которому в *системе поименованных договоров* есть **род вещных договоров**, заключающие которые стороны договариваются не только о возникновении обязательства, но и о возникновении у одной из них права собственности на определенную вещь.

4. Противоречия в трактовке В. В. Витрянского. Представление О. С. Иоффе, согласно которому в ситуации реального договора дарения *передача вещи одаряемому означает заключение договора*, получило свое *дальнейшее развитие и специальное обоснование* в широко известном многотомном труде М.И. Брагинского и В.В. Витрянского «Договорное право».

Отметив, что ГК «допускает заключение договора дарения по модели как реального, так и консенсуального договора (обещание дарения)», В. В. Витрянский уже в самом начале своего размышления о реальном договоре дарения сразу же, безоговорочно и категорически определяет его как «договор дарения, совершаемый путем передачи имущества одаряемому» [5. С. 336].

А дальше на основании того, что «заключение договора дарения не порождает никаких обязательственно-правовых отношений, а приводит к возникновению права собственности на подаренное имущество у одаряемого»,

автор приходит к выводу о том, что *этот договор* «не может быть отнесен к числу реальных договоров», а должен считаться вещным договором [5. С. 337, 338-340].

На наш взгляд, доводы, которые по мнению В.В. Витрянского обосновывают его концепцию реального договора дарения, представляют собой ряд **догматических заблуждений**, связанных с пониманием базовых терминов цивилистики.

Прежде всего остановимся на основополагающем тезисе концепции: «*реальный*» договор дарения есть *договор, заключаемый путем передачи вещи одаряемому*.³

³ Слово «реальный» взято в кавычки, потому что В.В. Витрянский не относит к реальным договор дарения, заключенный по модели реального, т.е. считающийся заключенным с момента передачи вещи.

4.1. Проблема комментария п. 2 ст. 433 ГК. Любой цивилист, размышляющий по поводу того, что некий поименованный договор является реальным,

а) прежде всего вспомнит выраженную в п. 2 ст. 433 ГК законодательную формулу реального договора,

б) и по этой причине определит его как договор, который **считается заключенным с момента передачи вещи** одной стороной другой.

В этой связи возникает вопрос. Как В. В. Витрянский согласовывает с этим определением свой тезис о «реальном» договоре дарения как **договоре, заключаемым путем передачи вещи**? Обращает ли внимание на выраженное в п.п. 1, 2 ст. 433 ГК законодательное разграничение консенсуальных и реальных договоров? Да, обращает. Вот цитата.

«По общему правилу, – пишет он, – реальный договор отличается от консенсуального договора, который считается заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договора ..., тем, что для заключения реального договора необходима также передача имущества, **поэтому** (выделено мной – Е. М.) такой договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (п.п. 1, 2 ст. 433 ГК РФ)» [5. С. 336-337].

Прокомментируем это замечание. Если аналитик, решая вопрос, чем реальный договор отличается от консенсуального,

а) сначала, в соответствии с п. 1 ст. 433 ГК, заявляет, что консенсуальный договор считается заключенным с момента достижения соглашения,

б) то по логике вещей и в соответствии с п. 2 ст. 433 ГК он должен умозаключить, что реальный договор **в отличии от консенсуального** считается заключенным с *другого момента* – момента передачи вещи одной стороной другой.

Так аналитик получает совершенно четкий и естественный **критерий разграничения**: «по моменту, с которого поименованный договор считаются заключенным», а заодно выходит на задачу прояснить *смысл* фразы **«момент, с которого договор считается заключенным»**.

Однако В. В. Витрянский увидел отличительную особенность реального договора

а) не в том, что передача вещи играет роль момента, с которого некий договор считается заключенным,

б) а в том, что это действие необходимо для заключения договора, настаивая, что именно в этой необходимости – суть реального договора.

Но как же автор оценивает обозначенное в п. 2 ст. 433 ГК указание на передачу как момент, с которого договор считается заключенным?

Этот факт, замечает ученый, есть всего лишь второстепенное и само собой разумеющееся *следствие* представления о реальном договоре как договоре, *в заключении которого участвует передача*.

«Реальный договор считается заключенным с момента передачи имущества **потому, что это действие необходимо для его заключения**». Именно этот тезис об разует главный итог размышления В. В. Витрянского над ст. 433 ГК.

Далее нетрудно умозаключить, что таким ходом мысли автор по сути *отказывается искать смысл* во фразе «передача вещи как момент, с которого договор считается заключенным», и, таким образом, *перечеркивает* заявленный законодателем в ст. 433 ГК критерий разграничения договоров на консенсуальные и реальные.

Между тем, достоверность мнения, согласно которому реальный договор – это договор, для заключения которого необходима передача вещи одной стороной другой, убедительно развенчивается *одним простеньким вопросом*.

Из какого факта В.В. Витрянский *выводит тезис* о том, что для заключения реального договора необходима передача вещи? Чем эта необходимость *объясняется* и в чем *выражается*?

Ответ очевиден. Сам автор, впрочем, как и многие другие цивилисты, выводит этот тезис из текста статей ГК, в котором *прямо* или *косвенно* указывается, что определенный поименованный договор, например, договор займа, хранения, банковского вклада *считается заключенным с момента передачи имущества одной стороной другой*. Так он замечает, что «иные реальные договоры (рента, заем, хранение, перевозка) заключаются ... на основе соглашений сторон, которые *вступают в силу с момента передачи имущества*» [5, С. 337].

Здесь возникает вопрос: если реальный договор есть договор (соглашение), который вступает в силу, т. е. считается заключенным *с момента передачи вещи*,

то **значит** ли это, что *передача является действием, необходимым для заключения договора? Думается, не значит.*

Когда мы говорим: «**договор** считается заключенным с момента», то имеем в виду «**договор как уже достигнутое соглашение, как уже заключенный договор** считается заключенным с момента». И этот ход мысли побуждает нас *различать* «заключение договора» и «договор считается заключенным».

Когда мы говорим «**договор** считается заключенным *с момента* передачи вещи», то имеем в виду, что *до* передачи вещи договор как заключенное соглашение уже есть, **иначе чему считаться заключенным с момента передачи**. И значит для того, чтобы договор считался заключенным действия по заключению договора недостаточно, а необходимо другое действие - действие по передаче.

Следовательно, законодательное правило, согласно которому договор считается заключенным с момента передачи вещи, означает

- а) **не необходимость передачи для заключения договора,**
- б) а **недостаточность действия по заключению договора, коим является единственно достижение соглашения**, для того, чтобы *договор считался заключенным,*
- в) и, соответственно, **необходимость передачи вещи** для того, чтобы *договор считался заключенным.*

Передача в роли момента, с которого договор считается заключенным, **доводит акт заключения договора** как акт достижения соглашения **до считающегося заключенным договора**, как бы **дает ему силу основания возникновения** и, следовательно, никоим образом *не участвует в заключении договора*.

Эта мысль, с одной стороны, подчеркивает **логическую несостоятельность умозаключения «раз договор считается заключенным с момента передачи, значит, передача необходима для заключения договора, т. е. является действием по его заключению»**.

С другой же стороны, она свидетельствует, что *представление*, согласно которому реальный договор **заключается путем передачи вещи**, есть не более чем **трактовка** законодательного установления «**договор считается заключенным с мо-**

мента передачи вещи». Причем **глубоко ошибочная** трактовка, давно уже ставшая **догмой** в силу чрезвычайной распространенности среди отечественных цивилистов [3, С. 17, 60].

Здесь приходится констатировать, что В. В. Витрянский своим умозаключением: «для заключения реального договора необходима также передача имущества, **поэтому** (выделено мной – Е. М.) такой договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества»

грубо искажает заложенную в п.п. 1, 2 ст. 433 ГК идею разграничения поименованных договоров на консенсуальные и реальные, усугубляя примитивизм догматической трактовки.

Почему искажает? Потому что снимает «с повестки дня» и **анализ** принципиально важного оборота «*договор считается заключенным*», и **выяснение**, каким образом *действие по передаче вещи* может играть роль соответствующего момента.

Законодатель в тексте п. 2 ст. 433 ГК **дополняет свое высказывание в п. 1 этой статьи** тем, что по сути заявляет:

«Я могу предусмотреть в законе, что некий поименованный договор считается заключенным **не с момента** достижения соглашения (такой договор называется консенсуальным), **а с момента** передачи имущества (такой договор называется реальным)».

Следовательно, вопреки мнению В. В. Витрянского, некий договор считается заключенным с момента передачи

а) *не потому, что в силу его объективной природы* передача необходима для его заключения,

б) *а потому, что законодатель объявил* ее таким моментом. Моментом, с которого достигнутое между сторонами договора соглашение **считается заключенным договором** и выступает **основанием возникновения установленных в нем гражданско-правовых последствий**.

Договор займа, в котором займодавец является гражданином, *считается заключенным с момента передачи* суммы займа или другого предмета заемщику *не потому*, что передача необходима для заключения такого договора займа, **а потому, что законодатель определил передачу таким моментом в абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК**.

Реальность некоего поименованного договора не следует из его природы, которая «требует» для своего заключения действия по передаче вещи. Реальность того или иного поименованного договора *назначается законодателем*, занимающимся его регулированием.

Мы видим таким образом, что выраженное в **п. 1 и п. 2** ст. 433 ГК *разграничение консенсуальных и реальных договоров основывается на представлении*, согласно которому

1) **всякий поименованный договор заключается исключительно путем соглашения,**

2) **но не всякий поименованный договор обязательно считается заключенным с момента достижения соглашения,**

3) **ибо в роли такого момента по воле законодателя** может выступать акт передачи вещи одной стороной договора другой.

Именно **такое представление** позволяет проникнуть в замысел законодателя, определяющего в п. 2 ст. 433 ГК передачу вещи **особым моментом**, с которого договор считается заключенным, и тем самым устанавливающего в п. 2 ст. 433 ГК **исключение из общего правила п. 1 ст. 433 ГК**.

4.2. Обнаружение и исправление ошибки п. 2 ст. 433 ГК. Между тем, обосновывая точку зрения, согласно которой для заключения реального договора необходимо действие по передаче вещи, цивилисты как правило ссылаются на текст п. 2 ст. 433 ГК: «Если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (ст. 224)».

По сути законодатель сообщает, что договор, который считается заключенным с момента передачи вещи, – это такой договор, для заключения которого **помимо соглашения** (т. е. также) **необходима передача вещи** одной стороной другой.

Однако давайте разберемся, что это за договор, который в соответствии с законом заключается и соглашением, и передачей вещи? Каким образом закон указывает на то, что в процессе заключения некоторого договора к соглашению присоединяется действие по передаче?

Для примера возьмем договор займа. Согласно новелле абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК договор займа в зависимости от статуса займодавца может быть как **реальным**, так и **консенсуальным**.

Мы делаем вывод, что договор займа может быть реальным, потому что в абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК записано: «Если займодавцем в договоре займа является гражданин, договор считается заключенным с момента передачи суммы займа или другого предмета договора заемщику...».

Если *соотнести* этот текст с текстом п. 2 ст. 433 ГК, то получается **двойное противоречие**.

Противоречие первое. В п. 2 ст. 433 ГК законодатель по сути заявляет о том, что правило «договор считается заключенным с момента передачи имущества» выводится из содержащегося в законе указания «для заключения данного договора необходима также передача вещи».

Однако о том, что договор займа считается заключенным с момента передачи вещи, мы узнаем не из слов о необходимости передачи для заключения договора, а из прямого указания на это правило в тексте абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК.

И даже если в законе мы *не находим подобного прямого* указания, вывод о том, что некий договор считается заключенным с момента передачи вещи, следует не из фразы о необходимости передачи для заключения договора, а из фразы, логика которой гласит: «пока передача не состоится, договор не будет считаться заключенным».

Выходит, что фраза п. 2 ст. 433 ГК «если в соответствии с законом для заключения договора также необходима передача имущества», по своему содержанию *не соответствует действительности, пуста и безосновательна*, потому что нигде в законе мы не найдем и намек на договор с особенностью такого заключения.

Вышеизложенное рассуждение приводит к выводу, что текст п. 2 ст. 433 ГК, по сути, содержит в себе *тавтологическую бессмыслицу*: «Если в соответствии с за-

коном договор считается заключенным с момента передачи имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества».

Противоречие второе. Очевидно, что текст п. 2 ст. 433 ГК буквально навязывает читателю мысль, согласно которой установление: *«договор считается заключенным с момента передачи вещи» означает: «для заключения такого договора помимо достижения соглашения необходима еще передача вещи одной стороной другой».*

Соответственно, если из текста закона мы узнаем, что договор займа, где займодавец – гражданин, считается заключенным с момента передачи заемщику суммы займа, то по логике п. 2 ст. 433 ГК *должны считать: «значит, заключение договора займа складывается не только из соглашения, но из действия займодавца по передаче вещи заемщику».*

А мы говорим: **нет, мы так не считаем.** Потому что если передача является **моментом, с которого договор займа считается заключенным**, то это значит,

а) **не то**, что передача необходима для заключения договора займа, и, следовательно, является *действием по его заключению*,

б) **а то**, что договор займа **не считается заключенным с момента достижения соглашения.**

Соответственно, заемное соглашение будет **считаться заключенным договором**, и станет **основанием возникновения** установленных в нем последствий **только тогда, когда** займодавец совершит действие по передаче имущества заемщику.

Логическая несостоятельность, ложность утверждения, согласно которому в ситуации заключения реального договора передача вещи является действием по его заключению, связано еще и с тем, что оно *серьезно противоречит смыслу употребляемых терминов.* Приведем два аргумента.

Аргумент № 1. Если вы декларируете, что передача вещи заемщику в ситуации реального договора займа есть действие **по заключению договора займа**, значит, по сути вы утверждаете, что передача **по своей природе есть сделочное действие**,

и, следовательно, в соответствии со ст. 153 ГК, обладает **направленностью на возникновение определенных гражданско-правовых последствий.**

Каких? Тех, которые действительно возникают в момент передачи вещи заемщику. Это, во-первых, *возникновение права собственности* на переданную вещь у заемщика. Это, во-вторых, *возникновение обязательства* заемщика по возврату.

Между тем, действие по передаче вещи заемщику **никак не направлено на такие последствия, потому что**, согласно п. 1 ст. 224 ГК, оно **направлено на фактическое поступление вещи во владение заемщика.** Передача, таким образом, *не обладает природой сделки и в принципе не может считаться действием по заключению договора.*

Направленностью на указанные последствия обладает **заемное соглашение**, достижение которого и образует истинное **действие по заключению договора.** В нем (в *соглашении*) эти последствия *устанавливаются.* Оно (*соглашение*) и является **основанием их возникновения** в м о м е н т, когда будет **считаться заключенным договором:** либо в момент *передачи* предмета заемщику (реальный

договор), либо в момент *его достижения* (консенсуальный договор), либо в момент *передачи* предмета заемщику (реальный договор).

Вот почему тот факт, что передача вещи является *моментом*, с которого договор считается заключенным, никоим **образом не означает**, что она выступает *действием по заключению договора*, т. е. действием, необходимым для его заключения.

Аргумент № 2. Из текста новой редакции абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК следует, что, если займодавцем является юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, то договор займа считается заключенным с момента достижения соглашения, и значит, предстает **консенсуальным договором**. В такой ситуации ни один цивилист не осмелится квалифицировать передачу предмета займа как действие по заключению договора. Все ученые дружно констатируют, что в контексте *консенсуального договора* передача выступает **актом исполнения обязательства по передаче**.

Между тем, если в ситуации *консенсуального договора займа* ученые заявляют, что передача вещи **не имеет значения** действия по заключению договора, т. е. **не является** сделочным действием,

а в ситуации *реального договора займа* передача **имеет такое значение**, значит, последний тезис **ошибочен**.

Почему? Потому что «быть сделкой – это приговор». Действие, обладающее **природой сделки**, обладает ею *всегда, независимо от контекста его совершения*. Природа действия не может исчезать, если меняются условия его осуществления.

Между тем, и при *реальном*, и при *консенсуальном* договоре займа совершение действия по передаче имущества заемщику **необходимо для наступления двух последствий**, устанавливаемых при заключении договора: **возникновения права собственности** у заемщика и **возникновения обязательства по возврату** заемщиком *переданного* займодавцем имущества.

Дальше вопрос: *чем определяется* такая необходимость передачи? Разумеется, **природой договора займа как соглашения**.

Во-первых, очевидно, что передача, **будучи моментом** возникновения устанавливаемых договором займа последствий, совершается **на его основании**, ибо именно договор займа и определяет передачу таким моментом.

И, следовательно, во-вторых, она совершается **во исполнение договора займа**, а точнее, во исполнение *содержащегося в нем соглашения о передаче вещи заемщику*. Именно это соглашение, наряду с соглашением *о передаче права собственности* на предмет займа заемщику и соглашением *о его возврате* займодавцу, и образует уникальную структуру договора займа.

Данный тезис позволяет объяснить, *п о ч е м у* законодатель может определять договор займа и как **реальный**, и как **консенсуальный**. Потому что, заключая договор займа, стороны **заключают соглашение о передаче предмета займа**, которое обуславливает, как бы «тянет за собой»

а) заключение соглашения *о передаче права собственности* на этот предмет заемщику и

б) заключение соглашения, по которому *заемщик обязуется его возвратить* займодавцу.

Так мы приходим к **принципиальному выводу**. Законодатель может отнести к консенсуальному или (и) реальному *только тот поименованный договор*, заключая который стороны **прежде всего** договариваются о передаче вещи, а сама передача вещи **начинает его исполнение**.

В случае **консенсуальности** такого договора к передаче вещи добавляется роль исполнения возникшего в момент заключения договора **обязательства** по передаче, ибо по **консенсуальному договору** одна сторона **обязывается к передаче вещи** другой стороне.

Данный вывод, с одной стороны, подчеркивает логическую несостоятельность правила **п.2 ст. 433 ГК**, содержащего **вымысел о реальном договоре** как договоре, для заключения которого необходима передача имущества,

а с другой стороны, позволяет выстроить его **новую редакцию**:

«Если при заключении договора стороны договариваются о передаче вещи, с которой начинается его исполнение, в законе может быть предусмотрено, что такой договор считается заключенным с момента передачи».

4.3. Об абсурдности определения В. В. Витрянским неконсенсуального договора дарения как договора, заключаемого одной только передачей вещи.

Отказавшись со ссылкой на п. 2 ст. 433 ГК определять реальный договор дарения договором, считающимся заключенным с момента передачи вещи, В.В. Витрянский определил его как договор, совершаемый **исключительно** путем передачи имущества одаряемому.

Таким образом, убрав из **заключения** договора дарения акт достижения **соглашения**, автор,

с одной стороны, радикализировал взятое им из п. 2 ст. 433 ГК представление о реальном договоре как договоре, для заключения которого *наряду* с соглашением необходима также передача вещи, а с другой – сделал **концептуальный вывод**, согласно которому договор дарения, совершаемый путем передачи имущества одаряемому, **нельзя квалифицировать как реальный**.

Здесь у читателя возникают два вопроса. Говорит ли В. В. Витрянский *прямым текстом* о том, что заключение «реального» договора дарения **обходится без соглашения** и **как он объясняет** этот факт?

Да, говорит. Вот ответ на первый вопрос. Сравнивая «реальный» договор дарения с другими, автор пишет: «...иные реальные договоры (рента, заем, хранение, перевозка) заключаются (путем передачи имущества) в том числе и **на основе соглашений сторон** (выделено мной – Е. Я.), которые вступают в силу с момента передачи имущества. Для договора дарения такая возможность исключается: при наличии соглашения между дарителем и одаряемым мы имеем дело с консенсуальным договором дарения [5, С. 337].

Здесь четко заявлено: реальный договор займа заключается как соглашением, так и передачей вещи; в то время как «реальный» договор дарения – *одной только передачей*. Если консенсуальный договор дарения (обещание дарения) представляет собой соглашение, то «реальный» договор дарения **никакого соглашения в себе не содержит**.

Вот ответ на вопрос, **как объясняется, почему** в «реальном» договоре дарения нет «ни капли» соглашения.

«Иными словами, - замечает В. В. Витрянский, - в отличие от всех других реальных договоров, по которым передача имущества означает не только заключение договора, но и возникновение *обязательств* сторон (например, по договору займа – обязанности заемщика по возврату суммы займа ...), заключение договора дарения не порождает никаких обязательственно-правовых отношений, а приводит к возникновению права собственности на подаренное имущество у одаряемого» [5, С. 337].

И дальше, главный вывод: «Как мы видим, договор дарения, не порождающий обязательственно-правовых отношений, ... не может быть отнесен к числу реальных договоров» [5, С. 337].

Итак, заметив, что «реальный» договор дарения *в отличие от* обещания дарения и других реальных договоров вообще **не порождает какого-либо обязательства**, а имеет своим последствием **одно только возникновение права собственности** у одаряемого в момент передачи ему вещи,

наш автор умозаключил: «Значит, *во-первых*, такой договор **вообще не заключается соглашением**, а, *во-вторых*, **не может называться реальным договором**».

Однако проверим ход рассуждения В. В. Витрянского **методом конкретно-логического анализа**.

Вот автор говорит, что в отличие от иных реальных договоров «реальный» договор дарения «не порождает никаких обязательственно-правовых отношений, а приводит к возникновению права собственности на подаренное имущество у одаряемого» [5, С. 337].

Во-первых, договор дарения, *как и любой реальный договор*, например, договор займа, хранения или банковского вклада, не просто не порождает *никаких обязательств* (это не точно). Он прежде всего **не порождает обязательств по передаче вещи**. Не порождает именно потому, что считается заключенным *не в момент достижения соглашения*, а в момент **передачи**.

Во-вторых, факт, согласно которому реальный договор дарения вообще не порождает какого-либо обязательства, связан с тем, что **в момент передачи вещи** одаряемому у последнего, с одной стороны, *не возникает* обязанности по вознаграждению, а с другой – *возникает* право собственности на движимую вещь.

Спрашивается, *чем это объясняется?* Это объясняется исключительно тем, что по смыслу легального определения договора дарения вещи (п. 1 ст. 572 ГК),

договариваясь о дарении вещи, даритель выражает намерение **безвозмездно** передать одаряемому **право собственности на вещь**, разумеется, наряду с передачей самой вещи.

Иными словами, это объясняется **своеобразием, уникальностью договора дарения** как *соглашения* и, следовательно, **никак не связано с его реальностью или консенсуальностью**.

Любой названный реальным поименованный договор вызывает в момент передачи те последствия, которые **заданы в соглашениях**, образующих *самобытную структуру* данного поименованного договора.

То, что на основании **договора займа** в момент передачи суммы займа у заемщика наряду с возникновением права собственности на эту сумму возникает обязанность по ее возврату, является **следствием уникальности содержания самого договора**, а не его реальности или консенсуальности. *Реальность* договора займа *проявляется только в том*, что в момент достижения соглашения он не порождает обязательства по передаче суммы заемщику, ибо не считается заключенным.

То, что на основании **договора дарения** в момент передачи вещи одаряемому у последнего наряду с возникновением права собственности на переданную вещь не возникает обязанности по встречному удовлетворению, есть **проявление специфики содержания самого договора дарения**, а не его реальности или консенсуальности. *Реальность* договора дарения *проявляется только в том*, что в момент достижения соглашения он не считается заключенным и поэтому не порождает обязательства дарителя по передаче вещи одаряемому.

Таким образом, понимание, согласно которому заключение *реального договора дарения остается без возникновения какого-либо обязательства*, потому что, с одной стороны, не влечет обязательства дарителя по передаче вещи, а с другой стороны, в момент передачи вещи одаряемому последний не становится обязанным перед дарителем, *не дает ни малейшего основания* заявить: «Как мы видим, договор дарения, не порождающий обязательственно-правовых отношений, ... не может быть отнесен к числу реальных договоров» [5, С. 337].

Еще раз подчеркнем принципиальную мысль. Вопреки мнению В. В. Витрянского, смысл реального договора – не в том, что он всегда «должен» порождать обязательства, а в том, что он **не порождает обязательства по передаче вещи одной стороной другой**, ибо считается заключенным в момент передачи. И то, что реальный договор дарения *не имеет* своим последствием возникновение обязательства в момент передачи вещи одаряемому, – «заслуга» **безвозмездной природы** договора дарения.

Понимание, что причиной отсутствия у реального договора дарения обязательственно-правовых последствий является **его безвозмездность**, подчеркивает **абсурдность** первого *главного тезиса концепции* В. В. Витрянского: **«реальный договор дарения** – это договор, совершаемый исключительно путем передачи имущества одаряемому, **без всякого соглашения**.

Почему абсурдность? Потому что тогда получается, что безвозмездность – это характеристика *не договора дарения как соглашения, а действия по передаче вещи*.

4.4. Химера вещного договора в концепции В.В. Витрянского. Констатируя, что «реальный» договор дарения *не порождает никаких обязательств*, наш автор не мог не обратить внимание на его *единственное последствие*: **возникновение у одаряемого права собственности в момент передачи ему вещи**.

Между тем, данный факт вносит в концепцию договора дарения, заключаемого одной только передачей вещи, **определенный диссонанс**. Почему?

Потому что, если возникновение права собственности есть **последствие договора дарения**, значит он, с точки зрения смысла термина «договор», является **основанием** возникновения права собственности.

Но, если *заключение договора дарения* образует **одно только** действие по передаче вещи, то договор **в силу направленности** заполнившей его передачи **не может быть основанием** своего последствия. Передача может выступать **лишь моментом** возникновения права собственности. И то не всегда, например, в случае дарения недвижимости.

Понимая, что **прямое объявление** договора дарения, заключаемого путем передачи вещи, *основанием возникновения права собственности* угрожает концепции, В. В. Витрянский, ссылаясь на М. И. Брагинского, заявляет, что он «представляет собой не что иное, как «обычный вещный договор» [5, С. 338].

Однако здесь возникает новая концептуальная проблема. Она связана с тем, что *от присвоения* договору дарения характеристики «**вещный договор**» с логической точки зрения «рукой подать» до вывода: «*значит*, заключая договор дарения, стороны **заключают соглашение о передаче права собственности**». Вывода, который **обрушивает базовый тезис** В. В. Витрянского: «реальный» договор дарения **не содержит в себе какого-либо соглашения**, а заключается одной только передачей вещи.

Чувствуя угрозу концепции, наш автор, опять же со ссылкой на М. И. Брагинского, начинает пространно рассуждать о том, что представление о договоре дарения как вещном договоре вовсе не означает наличия в нем какой-то договоренности, какого-то определенного соглашения и вообще какого-то содержания.

Договор дарения, заключаемый путем передачи дарителем имущества одаряемому, говорит В. В. Витрянский, назван вещным прежде всего потому, что он вообще не порождает обязательств сторон. Это значит, что он не имеет содержания, которое «составляют права и обязанности контрагентов» [4]. Так получается, что вещный договор дарения остается без соглашения, предметом которого может быть только обязательственное правоотношение.

Но ведь «реальный» договор дарения, возразим мы, назван вещным потому, что он выступает основанием своего *единственного последствия*: **возникновение права собственности у одаряемого**.

Да, верно, отвечает В. В. Витрянский. Но это последствие никак нельзя отнести к обязательству, и поэтому оно не заслуживает своего соглашения, которое вошло бы в вещный договор. По своей правовой природе, продолжает автор, вещный договор дарения представляет собой обычный, безликий «юридический факт, служащий основанием прекращения права собственности дарителя и возникновения права собственности у одаряемого на подаренное имущество» [5, С. 339].

Так что же, спросим мы у автора, по вашему мнению вещный договор – это договор без договоренности о своем последствии, *договор без какого-либо содержания, факт без фактичности*?

Да, отвечает ученый, – «... законодатель, понимая, что договор дарения, совершаемый путем передачи имущества одаряемому, не порождает обязательств и не обладает качествами договора-правоотношения, регулирует его именно как сделку (договор-сделку) без помощи норм, рассчитанных на определенное содержание данного договора» [5, С. 339].

Становится ясным, что термин «вещный договор» нужен В. В. Витрянскому лишь для того, чтобы **продублировать** очевидную мысль: «реальный» договор да-

рения, имея своим единственным последствием переход права собственности, является **основанием его наступления**.

Таким образом, он по сути утверждает: «Тот факт, что такой договор дарения приводит к возникновению права собственности на подаренное имущество у одаряемого, **никак не отражается на его содержании**, которое заполнено передачей».

Итоговый вывод. Объявив договор дарения, заключаемый одной только передачей вещи, **вещным договором**,

и настаивая, что этот термин **не несет в себе ничего** кроме значения основания возникновения права собственности,

В. В. Витрянский, с одной стороны, *подчеркнул абсурдность* представления о существовании договора, **заключение которого может обходиться без соглашения об его последствиях**,

а с другой – *акцентировал ошибку*, согласно которой **передача вещи** одаряемому (традиция) является **основанием возникновения у него права собственности**.

Между тем, *возникновение у одаряемого права собственности* на переданную вещь **образует смысл** действия дарителя *по передаче вещи* одаряемому и, соответственно, **смысл заключения договора дарения** как поименованного договора. И при **консенсуальном**, и при **реальном** договоре дарения передача вещи одаряемому приводит к возникновению у последнего права собственности. Следовательно, **договор дарения является вещным независимо от момента, с которого он считается заключенным**.

Вот почему, когда В. В. Витрянский вслед за М. И. Брагинским отличает вещный договор от **консенсуальных** договоров, относя их к категории обязательственных [5, С. 338], он допускает грубую ошибку, связанную с **непониманием** и **вещной природы** договора дарения, и **критерия разграничения** договоров на консенсуальные и реальные.

На самом деле это разграничение сказывается лишь *на характере* входящего в структуру договора дарения **соглашения о передаче вещи**. При консенсуальном договоре даритель выражает намерение передать вещь одаряемому, **обязуясь к передаче**, а при реальном – **не возлагая** на себя такую обязанность.

Но и в том, и в другом случае **соглашение о передаче вещи** соседствует в структуре договора дарения с **соглашением о передаче дарителем права собственности** и с **соглашением об отсутствии встречного удовлетворения со стороны одаряемого**.

Заключение: два базовых противоречия концепции В. В. Витрянского.

Противоречие первое. Констатируя, что реальный договор дарения *вообще не порождает обязательств сторон*,

и оставив без всякого внимания, что причиной такого парадокса является факт, согласно которому **передача вещи одаряемому является моментом, с которого договор считается заключенным**,

В. В. Витрянский резко и безапелляционно объявил его **договором дарения, заключаемым путем передачи вещи одаряемому**,

отождествив таким образом действие по заключению договора дарения с *действием по передаче вещи*, и *лишив* договор какого-либо *соглашения*.

Данный вывод является **грубой логико-терминологической ошибкой**, потому что кроме всех прочих аргументов **передача как момент**, с которого договор считается заключенным, означает, что договор не считается заключенным *с момента достижения соглашения*, и, следовательно, не может *вытеснить соглашение* из содержания договора.

Противоречие второе. Дальше на основании того, что реальный договор дарения не порождает обязательственно-правовых отношений, В. В. Витрянский **исключил его из числа реальных договоров**.

Между тем, ответы на простые и конкретные вопросы, **какие именно** обязательства *не возникают* из реального (по классическим меркам) договора дарения и **почему** они не возникают, обнаруживают **полную логическую несостоятельность** этого вывода.

Во-первых, из реального договора дарения, как и из любого *другого реального* договора, **не возникает обязательство по передаче вещи**.

Во-вторых, из данного договора в момент передачи вещи **не возникает обязательство одаряемого по встречному удовлетворению**. Но не возникает не в силу его реальности, а в силу *безвозмездности* договора дарения, т. е. в силу **природной особенности** данного поименованного договора.

Так снимается парадокс реального договора дарения вещи.

Ссылки

1. Иоффе О. С. Обязательственное право. М., "Юрид. лит"., 1975. 880 с.
2. Тузов Д. О. О традиции как вещном договоре в российском гражданском праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2007. № 8. С. 54-79. EDN IAJYHB
3. Хаскедьберг Б. Л., Ровный В. В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. Изд. 2-е, испр. М.: "Статут", 2004. 124 с.
4. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга первая: Общие положения. М.: "Статут", 1999.
5. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга вторая. Договоры о передаче имущества. М.: "Статут", 2000. 800 с.