

Хабиров Артур Ильфарович, ассистент кафедры гражданского права, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 5 секция: *Основные концепты и механизмы развития гражданского и предпринимательского права в России и за рубежом в условиях становления цифровой экономики*

### **Консенсуальный договор займа: новая реальность**

Как неоднократно отмечалось в литературе, российское право все еще находится на этапе своего становления. Одним из доказательств приведенного тезиса следует считать масштабное изменение положений российского законодательства о правовом регулировании финансовых сделок. В статье автором проводится анализ вступивших в силу с 1 июня 2018 года поправок в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которым договор займа отныне может быть заключен по консенсуальной модели. Реформирование данной нормы следует признать революцией в правовом регулировании заемных правоотношений. На протяжении тысячелетий договор займа считался исключительно реальным договором. Тем не менее автором обращено внимание на то, что и ранее, до принятия вышеуказанных поправок, договор займа при определенных условиях мог считаться консенсуальным. В связи с изложенным автором проведен анализ положений законодательства, в том числе и зарубежного, а также высказанных в научной литературе точек зрения и сделан вывод о целесообразности внедрения в российское законодательство консенсуального займа. Но, даже не смотря на недавнее редактирование положений главы 42 Гражданского кодекса Российской Федерации, автор предлагает пересмотреть еще целый ряд статей и изложить их в новой редакции.

Пленум ВАС РФ в своем Постановлении указал, что «норма, определяющая права и обязанности сторон договора, является императивной, если она содержит явно выраженный запрет на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного этой нормой

правила (например, в ней предусмотрено, что такое соглашение ничтожно, запрещено или не допускается, либо указано на право сторон отступить от содержащегося в норме правила только в ту или иную сторону, либо названный запрет иным образом недвусмысленно выражен в тексте нормы)<sup>1</sup>. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ договор займа считается заключенным с момента передачи денег. Таким образом, указание в договоре займа на обязанность займодавца предоставить деньги не может изменить установленного ГК РФ императивного правила о моменте, с которого договор считается заключенным. Также В.В. Витрянский подчеркивает, что если стороны заключают договор, по которому одна сторона, не являющаяся кредитной организацией, обязуется выдать заемщику определенную денежную сумму, такой договор должен признаваться договором займа. Будучи реальным, такой договор приобретает юридическую силу с момента фактического предоставления денежной суммы заемщику<sup>2</sup>.

Считаем верным мнение Ю.В. Романца, что только у профессионального займодавца может возникнуть обязанность выдать заем, кредит<sup>3</sup>. Таким образом, при заключении предварительного договора профессиональным займодавцем (коим является кредитная, микрофинансовая организация, а также займодавец, занимающийся систематической выдачей займов) заемщик вправе предъявить требование о понуждении к заключению основного договора.

А.Г. Карапетов и А.И. Савельев, анализируя правило п.1 ст. 807 ГК РФ в редакции до 01.06.2018 г., приходят к выводу, что ответ на вопрос о судьбе договора займа, построенного по консенсуальной модели, однако в остальном

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2015. № 5.

<sup>2</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 5, т. 1. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. Указ. соч. С. 114

<sup>3</sup> Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М, 2013. С. 8-18.

полностью соответствующего нормам главы 42 ГК РФ и о последствиях противоречия договора норме п. 1 ст. 807 ГК РФ зависит напрямую от природы обсуждаемой законодательной нормы. Если эту норму признать императивной и устанавливающей формальные требования к процессу заключения данного договора, то спорный договор не будет считаться заключенным до момента предоставления займа, несмотря на наличие в договоре прямого указания на обязанность займодавца предоставить заем. Если указанную норму считать имплицитно диспозитивной и, соответственно, допускающей согласование сторонами консенсуального займа, то условия консенсуального займа будут действительными, а заключенный договор будет считаться именно разновидностью договора займа. И, если норму п. 1 ст. 807 ГК РФ признать еще одной квалифицирующей и определяющей рамки соответствующей договорной модели, то условие о консенсуальности займа будет действительным, но договор выйдет в разряд непоименованных.

В дальнейшем А.Г. Карапетов и А.И. Савельев указывают, что договор займа, построенный сторонами по консенсуальной модели, по своей экономической и правовой природе крайне близок к предусмотренному законом реальному договору займа и «... нет весомых оснований для отказа от признания такого договора действующим с момента заключения договора, обязывающего займодавца предоставить заем». Исключение из этого правила, по их мнению, может затронуть лишь займодавца-гражданина, но не «коммерческие займы»<sup>4</sup>. Также реальный характер договора денежного займа является данью исторической традиции, которая «постепенно отвергается многими развитыми правопорядками как на уровне национального законодательства, так и на уровне актов международной унификации договорного права»<sup>5</sup>, т.к. реальность договора является аномалией и имеет

---

<sup>4</sup> Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012. С. 79, 81.

<sup>5</sup> Principles of European Contract Law. P. I - II / Ed. by O. Lando and H. Beale. The Hague: Kluwer Law International, 2000. P. 141; The Principles of European Contract Law and Dutch

право на существование лишь при наличии очень веских политико-правовых причин. Следует отметить, что ранее и в Германии договоры займа считались реальными, но в настоящее время немецкий законодатель воспринял консенсуальную модель договора займа (абз. 1 § 488 ГГУ).

В книге пятой Проекта Гражданского Уложения с объяснениями 1899 г. указывалось, что «соглашение сторон о предстоящем займе, в противоположность соглашению о ссуде, не лишено практического значения» и подчеркивается, что важнейшие займы как раз и совершаются на основании предварительных соглашений»<sup>6</sup>. ГК РСФСР 1922 г. также содержал положения, согласно которым допускалось заключение предварительного договора о заключении в будущем договора займа. Такой договор независимо от суммы должен был быть заключен в письменной форме. Кроме того, лицо, обязавшееся по предварительному договору дать другому взаймы, может требовать расторжения предварительного договора, если впоследствии имущественное положение контрагента значительно ухудшится, в частности, если он будет признан несостоятельным или приостановит платежи (статьи 218 - 219 ГК РСФСР 1922 г.)<sup>7</sup>.

Вывод Ю.В. Романца, А.Г. Карапетова и А.И. Савельева, что как минимум у профессионального займодавца может возникнуть обязанность выдать заем, имеет важное значение и для разрешения вопроса о правомерности уступки прав (требований) банка третьим лицам, в том числе так называемым коллекторам. До выдачи кредита уступка прав третьим лицам, не имеющим лицензии на осуществление банковских операций, не допускается. Как только кредит предоставлен, кредитные правоотношения

---

Law. A Commentary / Ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Nijmegen, 2002. P. 77, 78.

<sup>6</sup> Гражданское Уложение. Книга пятая. Обязательства. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Том второй с объяснениями. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.yadi.sk/d/8381sqLON3QxP> (дата обращения: 08.09.2018).

<sup>7</sup> Постановление ВЦИК от 11.11.1922 «О введении в действие Гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р.» // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс». (утр. силу).

теряют свою специфику и регулируются правилами о займе. С этого времени любое лицо может стать на место займодавца (кредитора). В частности, Верховный суд РФ относительно уступки прав (требований) банком (кредитором) третьему лицу на стадии исполнительного производства указал, что возникшая у заемщика задолженность в связи с неисполнением им обязательств по кредитному договору была в полном объеме взыскана в пользу банка в судебном порядке. В связи с этим при разрешении вопроса о процессуальном правопреемстве для заемщика (должника по исполнительному производству) не может быть существенной личность взыскателя, поскольку на стадии исполнительного производства исключается оказание третьим лицом (например, коллекторским агентством) банковских услуг, подлежащих лицензированию<sup>8</sup>.

Помимо денег предметом договора займа могут быть также вещи, определенные родовыми признаками. В этой связи также хотелось бы обратить внимание на правовую природу договора товарного кредита. З.Ф. Сафин обращает внимание на то, что договор товарного кредита представляет собой консенсуальную модель договора товарного (неденежного) займа<sup>9</sup> [17, 189]. Единственным видообразующим признаком договора товарного кредита является его консенсуальный характер, что позволяет выделить его в отдельный вид договора займа. Данный факт предопределяет субсидиарное применение к нему норм именно о кредитном договоре. В первую очередь, по мнению В.В. Витрянского, подлежат применению положения о праве кредитора отказаться от предоставления заемщику предусмотренного договором количества вещей, определяемых родовыми признаками, при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что указанные вещи не будут возвращены заемщиком в установленный срок, а также

---

<sup>8</sup> Определение Верховного Суда РФ от 19.07.2016 № 18-КГ16-79 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

<sup>9</sup> Сафин З.Ф. Правовая природа договорных отношений в валютно-финансовой сфере с участием субъектов предпринимательской деятельности АПК // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2005. № 3 (27). С. 189.

положения о праве заемщика отказаться от получения вещей, предупредив об этом до предусмотренного договором срока предоставления кредита (ст. 821 ГК РФ)<sup>10</sup>. Однако, на наш взгляд, буквальное толкование ст. 822 ГК РФ позволяет сделать вывод, что займодавцем (кредитором) в договоре товарного кредита может быть только банк или иная кредитная организация, что считаем неверным. Так, Е.А. Павлодский, рассматривая договор товарного кредита как разновидность кредитного договора, тем не менее отмечает, что различается субъектный состав указанных договоров, поскольку товарный кредит может быть предоставлен любым лицом<sup>11</sup>. Также Е.Н. Абрамова указывает, что товарный кредит может быть выдан не только кредитной организацией, но и любым субъектом гражданского права<sup>12</sup>. В связи с изложенным считаем, что регулирование товарного (вещевого) займа и в параграфе 1 гл. 42, и в параграфе 3 гл. 42 является излишним. А с 1 июня 2018 года заключение консенсуального договора товарного займа не вызывает сомнений.

На основании изложенного можно сделать следующие выводы. Во-первых, в зависимости от субъектного состава договора меняется один из основополагающих признаков займа. Если займодавцем выступает лицо, осуществляющее профессиональную и/или систематическую деятельность по предоставлению займов, такой договор может носить консенсуальный характер и считаться заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договора. В противном случае договора займа должен оставаться реальным. Следовательно, в заемных обязательствах следует применять дифференцированный подход к профессиональному, систематически дающему займы, и непрофессиональному займодавцу.

---

<sup>10</sup> Витрянский В. В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве // Хозяйство и право. 2009. № 9. С. 9-10.

<sup>11</sup> Павлодский Е. А. Договоры организаций и граждан с банками. М.: Статут, 2000. С. 17.

<sup>12</sup> Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. М., Проспект, 2017. Т. 2. С. 553.

Во-вторых, необходимо применять дифференцированный подход к правовому регулированию договора денежного и товарного займа. В частности, было доказано, что договор товарного (вещевого) займа может быть заключен по консенсуальной модели независимо от субъектного состава договора. Условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, о качестве, о таре и (или) об упаковке предоставляемых вещей должны исполняться в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (ст. 466-485 ГК РФ).

Считаем возможным предложить следующие изменения в гл. 42 ГК РФ с учетом изменений, внесенных федеральным законом от 26.07.2017 № 212-ФЗ, вступивших в силу с 01 июня 2018 г<sup>13</sup>:

1. Абзац 2 пункта 1 статьи 807 ГК РФ изложить в новой редакции: «Договор займа, в котором займодавцем (заимодателем) является гражданин, не являющийся индивидуальным предпринимателем, и предметом которого являются деньги, считается заключенным с момента передачи денег».

2. Второе предложение п. 6 ст. 7 ФЗ «О потребительском кредите (займе)» изложить в следующей редакции: «Договор потребительского займа считается заключенным, если между сторонами договора достигнуто согласие по всем индивидуальным условиям договора, указанным в части 9 статьи 5 настоящего Федерального закона».

3. Статью 822 ГК РФ исключить.

4. Статью 807 ГК РФ дополнить пунктом 8: «Условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, о качестве, о таре и (или) об упаковке предоставляемых вещей должны исполняться в соответствии с правилами о

---

<sup>13</sup> Федеральный закон от 26.07.2017 № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2017. № 31. ст. 4761.

договоре купли-продажи товаров (статьи 465 - 485), если иное не предусмотрено договором займа».