

THE EARNEST IN THE RUSSIAN CIVIL LAW



Yu.E. MONASTYRSKY,

Doctor of Legal Sciences,
Professor, Department of Civil Law and Procedure,
Law Institute of Sevastopol State University

On the basis of historic construction the legal sense of earnest regulation is considered having been adopted from the past word by word. This doesn't amount to main objective implementation of this remedy to make contractual conditions of future agreement binding on parties subject to the broad autonomy of will. Legal provisions on earnest don't correspond to categories of "liability", "unilateral transaction". The regulation should promote such tools as "compensations form release of obligation", "offer", "penalty", "preliminary contract". At present the institute of earnest isn't operational and applicable only within the market of residential real estate so far. The efforts were made to present the renewed legal provisions on earnest as normative basis of this legal instrument having long spread over the limits of ordinary obligation security measure.

Keywords: earnest; security; losses; penalty; compensation for release from obligation.

1. ИСТОРИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ ЗАДАТКА

Задаток в российском гражданском праве – понятие хотя и известное, но не так много обсуждавшееся в литературе. Нетрудно заключить, что ранее этот инструмент самым широким образом использовался как в коммерческом (купеческом), так и в обычном имущественном обороте, например во взаимоотношениях по купле-продаже движимых материальных вещей при наличных расчетах¹. Задаток был по сути залогом денежных средств. При этом он представлял собой невозвращаемую сумму², поскольку при отказе от исполнения со стороны покупателя оставался у продавца; при обычном ходе приобретения товаров он шел в зачет покупной суммы, за исключением особым образом регулируемых в Российской империи залоговых расписок, оформлявших приобретение

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 49; Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. Т. 1: Собственность, обязательства и средства судебного охранения. СПб.: Тип. 2 Отд. Собств. Е. И. В. Канцелярии, 1877. С. 140.

² См.: Толковый словарь Д.Н. Ушакова // <https://ushakovdictionary.ru/word.php?wordid=16265>.

недвижимости (поместий, земли) в будущем¹. До 1877 г. в нашем законодательстве отсутствовали положения об обязанности задаткополучателя вернуть двойную величину задатка при немотивированном отказе от договора².

Торговля – основа развития благосостояния народов всех прошлых веков – влияла также на могущество отдельных держав, городов-государств, рост которого прерывался только войнами. Внутри стран и на сопредельных территориях сбыт товаров стимулировался эмиссией денег. Их выпуск позволял увеличивать объемы и повышать разнообразие торговых и бытовых сделок. Одним из мощнейших стимулирующих факторов оборота явилась возможность совершать обменные операции с разрывом во времени в отличие от более ранних времен, когда меняли в присутствии всех участников «сделки» шелк на пушнину, железные изделия на продукты или экзотические фрукты на вино и т.п.

Задаток – продиктованный жизнью простейший юридический инструмент – принял эстафету у других мер, глобально активизирующих в первую очередь куплю-продажу, а затем и другие операции: имущественный и личный наем, хранение, подряд. Среди взаимодействующих хозяйств, пока для составления договора банально не хватало производимой бумаги, он применялся для формального закрепления отношений. Столетиями такой инструмент, как задаток, позволял совершать, исполнять и обеспечивать все распространенные гражданско-правовые сделки и потому не мог не перейти в законодательство.

Задаток в древнем русском праве назывался «пополнок» (возвращаемая вещь, выдаваемая в обеспечение сделки)³. Этот институт имеет естественное происхождение, проистекая из обычаев и традиций⁴. Юридическое значение данного средства заключалось в обеспечении исполнения всей сделки купли-продажи и, главное, обязанности произвести полную оплату, а также, например, доставить транспорт к месту погрузки, принять вещь. Понимание этого не передалось авторам дальнейшего регулирования и исследователям природы задатка.

Следы задатка имеются в Соборном уложении царя Алексея Михайловича, содержащем общероссийские нормы об имуществе, которые действовали в период до 30-х гг. XIX в. Хотя задаток естественным образом обретает свойство одного из главных институтов для правового оформления торговли, способствующего

¹ См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М.: Статут, 2003. § 36. С. 315. О правилах о двойной отдаче в древнегреческом и римском праве см.: Дювернуа Н.Л. Пособие к лекциям по гражданскому праву. Вып. 2: Обязательства. Часть общая (Отдел I). В связи с замечаниями на проект книги V Гражданского уложения. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1901. С. 78.

² См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 284.

³ Дювернуа Н.Л. Указ. соч. С. 77.

⁴ См. подробнее: Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев: Тип. Р.К. Лубковского, 1915. С. 39–40 (сн. 3); Пахман С.В. Указ. соч. С. 140.

развитию договорной дисциплины (например, соблюдению сроков, требований к качеству), в вышеуказанном памятнике мы не находим его буквальное упоминание, притом что в нем присутствует регулирование, в какой-то мере хаотическое и общее, «крепостей», т.е. актов продаж недвижимостей, залогов (закладов) (ст. 196). При этом содержание понятия «заклад» было иным, а именно: к нему относили имущество, переходящее кредитору при неисправности должника без известных нам процедур обращения взыскания. Процитируем Уложение: «А будет кто кому в долгу в деньгах, или в ином чем-нибудь заложит что до срока, и кабалу закладную на свой заклад даст, а в кабале напишет, будет он того своего закладу на срок не выкутит, и на тот его заклад та закладная кабала и купчая; и дав он такую кабалу, того своего закладу на срок не выкутит, и ему впредь до того своего закладу дела нет, а владети тем его закладом тому, кому он заложит, и вольно тому такой заклад продати, и заложити, и в приданые дати...»¹.

Из приведенных положений недвусмысленно вытекает, что переданный предмет поступает в собственность кредитора или, точнее говоря, становится его вещью, так как институт собственности в то время еще не получил должного юридического оформления. Как свидетельствуют письменные источники, деньги далеко не всегда сопровождали любую торговлю. Принят был и обмен. Если он совершался не одновременно, то заклад мог служить обеспечением обещанного или должного. Предмет заклада должен был приближаться или превосходить по стоимости ожидаемую передачу или исполнение. Обращает на себя внимание в связи с этим обязательное письменное фиксирование заклада «кабалой» – документом об имущественной в данном случае зависимости, оно предусматривалось для особо значимых сделок. Повсеместное применение задатка в силу его простоты сначала не регулировалось централизованно.

Итак, предтечей задатка в писаном праве был заклад. Чем ликвиднее и ценнее он был, тем это больше устраивало продавца. Как упоминалось, заклад выкристаллизовался из массовых операций в торговле как сумма, главным достоинством которой была невозвратность, поскольку она могла служить заменой покупной цены. Налицо надежность, удобство, ясность, предсказуемость, действенность данного правового средства. И именно потому в Своде законов Российской империи допускался заклад наличных денежных средств, а также ценных бумаг на предъявителя².

¹ Соборное уложение 1649 г. Гл. X, ст. 196 (приводится по: Тихомиров М.Н., Епифанов П.П. Соборное уложение 1649 года. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1961. С. 139).

² Статья 402 Свода законов Российской империи гласит: «Наличные капиталы, заемные письма, вексели, закладные и обязательства всякого рода принадлежат к имуществам движимым» (ср. со ст. 1630 Свода, устанавливающей основания для недействительности заклада: указанные обстоятельства не содержат запрета на заклад какого-либо движимого имущества) (Свод законов Российской империи. Т. X, ч. 1. Свод законов гражданских. Изд. 1900 г. // <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/>).

Заклад имеет целью побуждение к исполнению сделки. Основное его отличие от задатка заключается в стоимости обеспечения: она равнялась, а чаще даже превосходила оценку основного обязательства. Задаток так же имел противоположную задачу, а именно давал возможность выйти из сделки прежде всего покупателю. Применительно к движимости он сначала был односторонним: операции на тот момент были мелкохозяйственными и бытовыми. Первоначально в этих условиях функции задатка заключались в таком авансе, который имел значение отступного. По отношению к недвижимости он становился исключительной неустойкой, при этом в задаточной записи определялась цена и идентифицировался объект, а значит, устанавливались условия отношений сторон¹.

В то время как Соборное уложение более подробно освещало вопросы государственного устройства и системы публично-правовых наказаний, задаток как юридический институт гражданского права складывался под влиянием *обычаев* и *торговой практики*, о чем подробно писали такие отечественные цивилисты, как С.В. Пахман, Д.И. Мейер и В.А. Исаченко².

Само слово «задаток» встречается в правовых документах с древних времен³. Впервые положения, регулирующие данный институт в его современном значении, появились в российском законодательстве в 1854 г.⁴ Свод законов Российской империи 1835–1917 гг., как документ, регулярно переиздававшийся под влиянием развивавшейся посредством актов Правительствующего Сената судебной практики, не содержал общих статей о задатке, он лишь упоминался в отдельных постановлениях о запродажной записи (ст. 1681 т. X, ч. 1), задаточной расписке

¹ См. подробнее: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 264–266; *Пахман С.В.* Указ. соч. С. 87, 140–142; *Синайский В.И.* Указ. соч. С. 39–42; *Кассо Л.А.* Запродажа и задаток. М.: Изд. кн. маг. И.К. Голубева под фирмой «Правоведение», 1904. С. 39–48.

² См.: *Пахман С.В.* Указ. соч. С. 87–88, 140; *Исаченко В.А., Исаченко В.В.* Обязательства по договорам. Общая часть. Опыт практического комментария русских гражданских законов: Комментарий на 4-ю книгу 1-й ч. 10-го т. Св. зак. СПб.: Тип. М. Меркушева, 1914. С. 8–9; *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). М.: Статут, 2003. С. 527–529.

На подобную историю рассматриваемого института указывает и практика Правительствующего Сената, приведенная авторами Проекта Гражданского уложения Российской империи (см.: Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. СПб.: Гос. тип., 1899. Ст. 49. С. 123).

Эти мысли находят отклик и в современной отечественной литературе (см., напр.: *Куликов Е.С.* Соглашение о задатке в гражданском праве России: монография. М.: Волтерс Клувер, 2011. § 2. П. 2.1; *Ермошкина М.Ф.* Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006).

³ *Гришаев С.П.* Ипотека на современном этапе. Комментарий законодательства // СПС «Консультант Плюс». 2009.

⁴ Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета от 7 июня 1854 г. «О правилах составления расписок в получении задатков и порядке возвращения самих задатков, даваемых при продаже недвижимых имений между частными лицами» // Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Т. XXIX. Отделение первое. 1854. № 27828–28698. № 28323. С. 563–565; см. подробнее: *Исаченко В.А.* О задатке // Юридический вестник. 1881. Т. VIII. № 9. С. 126–127.

(ст. 1685 и сл. т. X, ч. 1), продаже движимости (ст. 1513 и 1518 т. X, ч. 1) и казенных имуществ (ст. 1495 т. X, ч. 1), а также о публичном торге (ст. 1067, 1176 Устава гражданского судопроизводства)¹. За все годы его режим уточнялся в нескольких десятках кассационных решений². Проблемы применения и предназначения задатка, вытекающая непосредственно из его юридической сущности, вызывали живое обсуждение в литературе советского времени и ранее³, хотя масштаб научного дискурса в то время был далеко не таким обширным, как сегодня.

Подробное и достаточное регулирование рассматриваемого института в Российской империи нашло отражение в тексте Проекта Гражданского уложения Российской империи, в его восьми статьях (ст. 49–56)⁴. Этот важнейший документ не был принят Государственной Думой из-за разразившейся в 1914 г. Первой мировой войны. Основной интерес он представляет для нас благодаря общему комментарию к соответствующим статьям.

Затем формула задатка перекочевала в ГК РСФСР 1922 г., когда в условиях новой общественно-экономической формации было принято решение ненадолго вернуться на почву российской цивилистики. В кодифицированных актах (ГК РСФСР 1922 г.⁵, Основы гражданского законодательства 1961 г.⁶, 1991 г.⁷) содержится по одной статье, посвященной данному правовому средству, в действующем ГК РФ – две статьи (ст. 380 и 381). И это при общей тенденции к дифференциации и детализации правового регулирования!

По нашему мнению, положения, содержащиеся в современном отечественном Кодексе, не соответствуют реалиям экономического оборота, где задаток может использоваться гораздо шире, чем простой инструмент обеспечения исполнения конкретных обязательств. Далее нами будет предложена рекомендуемая формулировка соответствующих правовых норм.

¹ См.: *Тютрюмов И.М.* Гражданское право. Юрьев: Тип. К. Матиссена, 1922. С. 254–255.

² См., напр., решения Гражданского департамента Правительствующего Сената № 68 от 1889 г., № 878 от 1869 г., № 748 от 1873 г., № 685 от 1874 г., № 187 от 1877 г. и пр. (приводятся по: *Ротенберг Л.М.* Предметный алфавитный указатель к полному своду решений Гражданского департамента Правительствующего Сената за 1866–1910 гг. Ч. 2. Екатеринбург: Тип. Исаака Когана, 1913). См. подробнее: *Шимановский М.О.* О задаточных расписках по новому закону. Казань: Унив. тип., 1878. С. 1–2.

³ См.: *Гражданское право: учебник. Т. 1 / под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина.* М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. С. 402; *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 241.

⁴ Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. Ст. 49–56. С. 122–128.

⁵ Статья 143 ГК РСФСР 1922 г. (в ред. от 2 февраля 1923 г.).

⁶ Статья 35 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (в ред. от 12 июня 1990 г.).

⁷ Статья 68 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (в ред. от 3 марта 1993 г.).

2. ПОЗИТИВНЫЕ НАРАБОТКИ РУССКИХ УЧЕНЫХ В ОТНОШЕНИИ ИНСТИТУТА ЗАДАТКА В ДОСОВЕТСКОЕ ВРЕМЯ

Согласно исследованию видного российского цивилиста С.В. Пахмана задаток в решениях низовых судов фигурировал преимущественно в спорах из договора купли-продажи¹. Дореволюционные цивилисты, изучавшие эволюцию и специфику правовых институтов в преддверии кодификации, чьи труды были опубликованы в начале XX в., так в итоге осмыслили задаток: «Денежная сумма, выданная одною из договорившихся сторон другой в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения, признается задатком»². Далее авторы говорили об отсутствии единообразия в восприятии задатка в разной обстановке в зависимости от определяемой его сторонами функции: штрафной, обеспечительной, идущей в зачет ответственности или нет³. Тем не менее основополагающую роль задаток играл, как и по древнегерманскому, по российскому праву в качестве «признака заключенной сделки»⁴.

Нужно отметить, что штрафная функция (*arra poenalis*) задатка присутствовала уже в римском праве. О ней писал еще Квинт Цервидий Сцевола, живший в конце II – начале III вв.⁵ Позднее возврат задатка в двойном размере был закреплен Указом Юстиниана от 528 г. (С. 4.21.17; I. 3.23.pr.). Возникновение же задатка как отступного (*arra poenitentialis*) пришлось на юстиниановский

¹ Пахман С.В. Указ. соч. С. 140–142.

² Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. Ст. 49. С. 122.

В Энциклопедическом словаре Ф.А. Брокгауза и Е.А. Ефрона «под задатком или авансом (*Arrhae, arrhes, Daraufgabe, Handgeld*) разумеется часть суммы, следующей по договору, уплачиваемая вперед при самом его заключении» (Брокгауз Ф.А., Ефрон Е.А. Энциклопедический словарь / под ред. проф. И.Е. Андреевского. Т. 12: Жилы – Земпах. СПб.: Тип.-лит. Е.А. Ефрона, 1894. С. 129).

³ Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. Ст. 49. С. 123. Критическое осмысление взглядов авторов Проекта см.: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 41–42.

⁴ Брокгауз Ф.А., Ефрон Е.А. Указ. соч. С. 129. См. об этом: Пахман С.В. Указ. соч. С. 88, 140–141; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 265; применительно к древнему праву в том же русле высказывался, в частности, В.И. Синайский (см.: Синайский В.И. Указ. соч. С. 39–42); в отношении древнегерманского права см.: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 43.

⁵ См.: Черниловский З.М. Лекции по римскому частному праву. М.: Юрид. лит., 1991. С. 149.

⁶ См., напр., I. 3.23.pr.: «...Тот, кто отказывается исполнить контракт, если это покупатель, теряет то, что он дал, если же продавец, то он принуждается вернуть в двойном размере, даже если о задатке ничего не было открыто оговорено» («...qui recusat adimplere contractum si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est» (I. 3.23.pr.)) (приводится по: Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / под ред. В.С. Нерсисянца. М.: ИНФРА-М; НОРМА, 1996. С. 524). См. подробнее: McAuley M. One Thousand Years of Arra // McGill Law Journal. 1977. Vol. 23. No. 4. P. 701–705 (<https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/5406538-mcauley.pdf>).

период римского права¹. Причем, по утверждению А.Г. Гусакова, «особенность и отличие *poenitentialis* от предыдущих видов [т.е. от задатка как выражения заключения договора и косвенного средства принуждения к его выполнению и как способа установления обязательства (*arra contractus imperfecto data*). – Ю.М.] в том, что с его уплатой прекращаются всякие отношения между сторонами, тогда как в иных случаях нередко после уплаты задатка можно настаивать еще на уплате интереса [т.е. на возмещении убытков. – Ю.М.]»².

В Энциклопедическом словаре конца XIX в. указывается, что иностранные кодексы (пруссский, австрийский, саксонский, швейцарский) различают задаток как обеспечение сделки и его же в качестве отступного (*Reugeld*)³. В начале XX в. французский правопорядок придавал задатку значение отступного⁴, для германского и австрийского он имел преимущественно штрафной характер, а для швейцарского и английского был лишь внешним признаком состоявшегося соглашения⁵. Эталоном может считаться регулирование задатка в германском праве, где задаток обеспечивал интересы стороны, его получившей; отступить от него могла только сторона, его давшая, и лишь при условии, что это оговаривалось заранее и для данной ситуации допускалось правопорядком; задаткополучатель при неисполнении обязательства другой стороной был вправе требовать реализации договора либо удовлетвориться переданным ему, причем это могли быть не только деньги, но и вещи⁶; такой способ обеспечения использовался и для неденежных обязательств; для задаткодателя последствия наступали помимо его вины⁷.

- ¹ См.: Шилохвост О.Ю. Отступное в гражданском праве. М.: Статут, 1999. С. 19–20.
- ² Гусаков А.Г., Краснокутский В. Система римского права: Обязательственное право. М., 1894. С. 210–212.
- ³ Брокгауз Ф.А., Ефрон Е.А. Указ. соч. С. 129.
- ⁴ Отметим, что по общему правилу средства, передаваемые в задаток, не включаются в покупную цену, а сам он описывается как «добавочное предоставление, совершаемое за пределами предоставлений, составляющих предмет договора» (Годэмэ Е. Общая теория обязательств / пер. с франц. И.Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 282); но «иногда задаток может служить и взносом в счет уплаты цены» (Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции / пер. с франц. Е.А. Флейшиц. М.: Изд-во иностр. лит., 1961. С. 46).
- ⁵ Подробнее об исторически различных подходах правопорядков см.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 86–87; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 265; в отношении швейцарского правопорядка см.: Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2012 г.). М.: Инфотропик Медиа, 2012. Ст. 158 («Тот, кто уплачивает задаток, считается уплатившим его в знак заключения договора, а не в качестве отступного»).
- ⁶ Пункт 1 § 336 ГГУ гласит: «Если при заключении договора что-либо передается в качестве задатка, это считается доказательством заключения договора» (Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению / пер. с нем.; науч. ред.: А.Л. Маковский и др. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 82).
- ⁷ См.: Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук. С. 30.

В Российской империи основной функцией данного правового средства, выражаемой также в задаточной расписке, являлось оформление запродажной операции о недвижимости (ст. 1679–1690 т. X, ч. 1 Свода законов)¹. Уплаченная сумма терялась либо возвращалась в двойном размере в случае неперехода права собственности на недвижимость. Согласно Своду законов Российской империи задаток, обеспечивающий передачу в собственность движимости, не платился по умолчанию в двойном размере². Если в запродажной записи ничего не говорилось о возврате указанной суммы, то его не происходило, пусть бы даже купчая не состоялась по вине продавца³.

В случае с движимым имуществом рассматриваемое правовое средство иногда служило знаком заключения договора. Если вследствие спора о качестве проданных вещей судом было признано, что они не соответствуют образцам или условиям, то продавец был обязан вернуть задаток, а покупатель – товары (ст. 1518 т. X, ч. 1 Свода законов)⁴. Если последний уплатил задаток, то он был вправе требовать, чтобы ему продали товары по условленной цене, хотя бы она и повысилась (ст. 1513 т. X, ч. 1 Свода законов)⁵. Если они не были доставлены, то ему возвращалась вышеупомянутая сумма⁶. Задаток оформлялся особой распиской, в которой устанавливался срок совершения купчей (ст. 1686 т. X, ч. 1 Свода законов).

В случае договоров казны с частными лицами задаток не имел функции обеспечения договора, а служил неким вспоможением или «пособием»⁷.

По нашему мнению, вследствие громадного усложнения экономической жизни закономерно происходит как разграничение областей применения традиционных правовых инструментов, что диктует подробное регулирование их использования, например, для обеспечения исполнения, так и укрупнение сферы их применения ради удержания правовой основы их многофункциональности.

Задаток в этом смысле существовал как способ обеспечения и прекращения обязательств. Его многогранность и потенциал не только следует сохранить, но

¹ Свод законов Российской империи. Т. X, ч. 1. Свод законов гражданских. Изд. 1900 г. С. 139–140 // <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/>.

² Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 264–265; Свод законов Российской империи. Т. X, ч. 1. Свод законов гражданских. Изд. 1900 г. С. 139–140 // <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/>.

³ См. решения Кассационного департамента Правительствующего Сената № 325 за 1868 г., № 539 за 1871 г., № 870 за 1874 г., № 30 за 1875 г.

⁴ Свод законов Российской империи. Т. X, ч. 1. Свод законов гражданских. Изд. 1900 г. С. 129–130 // <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/>.

⁵ Свод законов Российской империи. Т. X, ч. 1. Свод законов гражданских. Изд. 1900 г. С. 129 // <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/>.

⁶ См. решения Кассационного департамента Правительствующего Сената № 749 за 1873 г., № 685 за 1874 г., № 187 за 1877 г.

⁷ Брокгауз Ф.А., Ефрон Е.А. Указ. соч. С. 130. См. также о задатке при найме рабочих: Исаченко В. О задатке // Юридический вестник. 1881. № 9. С. 125–168; Любавский А. Шестинедельный срок для задаточных расписок // Журнал Министерства юстиции. 1864. Т. XXI. С. 441–458.

и подчеркнуть, стимулировать. В этом отношении практически полезным будет проследить генезис и эволюцию задатка на нашей российской почве, а также обратить внимание на факторы влияния немецкой правовой системы. Авторитет германской юридической мысли сказывался напрямую на судебной практике органа, по сути развивавшего право в Российской империи, – Правительствующего Сената, который в своих решениях ссылался на нормативную формулу германского, австрийского, швейцарского, французского кодексов при большем влиянии первого¹

Многоаспектность такого института, как задаток, дает возможность объединить в нем два следующих качества или назначения: отступного, позволяющего освободиться от договора, и разновидности санкций или части твердой суммы своего рода заранее исчисленных убытков. Но, давая определенную диспозитивную формулу, законодатель должен опираться либо на модель обеспечения, либо на концепцию отступного. В настоящей статье речь пойдет о том, как эти два потенциала могут быть обоюдно реализованы.

Вопреки историческим условиям зарождения задатка, мы видим, что смысл положений ГК РФ указывает на помещение данного института в разряд средства обеспечения исполнения обязательств; также из них можно сделать вывод о недостаточности оформления его односторонним волеизъявлением², он может быть закреплен только двусторонним договором. Забегая вперед, отметим, что тем самым утрачивается необходимая гибкость использования задатка в многообразных практических ситуациях. Например, выдача задатка может сопровождать оферту, являться частью ее условий. Можно видеть, что задаток образовался из объединения двух средств, направленных на создание экономического стимула для исполнения договора: первое – это аванс – часть покупной цены, назначенной к финансированию действий в соответствии с денежным обязательством; второе – это заклад, становящийся собственностью кредитора, не дождавшегося положенного исполнения должника.

Подчеркнем еще раз, что в Своде законов Российской империи задаток не фигурировал как отдельное средство обеспечения исполнения обязательств, а в основном являлся способом стимулирования операций приобретения имений, поместий, домов, прочей недвижимости и обычных материальных вещей³

В волостных судах, практика которых находила отражение в опубликованных постановлениях Правительствующего Сената, редко рассматривались иски об убытках. В случаях неисправности, когда возникал спор на низовом уровне,

См., напр.: Гуляев А.М. Толкование закона в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената. М.: Печатня А.И. Снегиревой, 1912. С. 34–38.

3
Подробнее о выдаче задатка как одностороннем заявлении см.: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 33–34.

См.: Кулаков В.В. Обязательственное право: учебное пособие. М.: РГУП, 2016 (СПС «Консультант-Плюс»).

к должникам применялись иные наказания, включая телесные, при неисполнении ими договора¹. Следовательно, задаток не считался суммой в составе стоимости имущественных претерпеваний кредитора, влияющей на его денежную претензию к должнику. Считалось, что задаток – это теряемый в случае неисполнения денежный заклад. При неуспехе товарной операции перед сторонами стоял всего один вопрос: возвращать ли задаток в полной сумме или оставлять у продавца. Отсюда традиционные предпосылки² воспринимать данное средство как отступное³, но действующее без особого договора, ввиду роли кредитора, исчерпывающейся ответом на требование вернуть сумму задатка.

В Проекте Гражданского уложения Российской империи говорится об оставлении задатка при проявленной вине в неисполнении договора и о возврате его в двойном размере⁴, в свете чего можно говорить о придании рассматриваемому институту более универсального правового значения. Здесь не утвердился отказ от его роли как отступного, так как предусматривалось диспозитивное правило об этом. Еще в начале прошлого века разработчики Проекта сформулировали следующую, довольно важную статью: «При заключении договора каждая из сторон может выговорить себе право отступить впоследствии от договора с уплатою другой стороне определенной в договоре денежной суммы в виде отступного» (ст. 1596)⁵.

В новейшем законодательстве такое значение задатка было утрачено и забыто – и совершенно напрасно. Задаток – инструмент, призванный встроиться в усилившуюся в последнее время динамику коммерческого оборота, когда особое значение приобретает механизм освобождения от юридических связей, имеющийся в виду сторонами заранее. Конечно, любой договор может иметь соответствующую подробную регламентацию об ином. Вместе с тем задаток – это также средство преодоления старых отношений. В действующем ГК РФ данные функции с переменным успехом выполняют институты отступного только как способа прекращения имеющегося обязательства, в основном уже нарушаемого, и платы за односторонний отказ от его исполнения (п. 3 ст. 310 ГК РФ).

¹ Пахман С.В. Указ. соч. С. 142–146.

² См. подробнее: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 42–43; Синайский В.И. Указ. соч. С. 42–43. Указанное отмечается и современными отечественными цивилистами (см., напр.: Шилоховост О.Ю. Отступное в гражданском праве России. М.: Статут, 1999. С. 76–78).

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 50; см. также: Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук. С. 23–24.

⁴ Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. Ст. 50. С. 124.

⁵ Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии, и с приложением законопроекта об авторском праве, одобренного Государственной Думой) / сост. А.Л. Саатчиан; под. ред. И.М. Тютрюмова. Т. 2. СПб.: Изд. кн. маг. «Законоведение», 1910. С. 199.

Задаток, его регулирование должны более адекватно отражать современные экономические реалии, актуальные имущественные предпочтения сторон. Торговый оборот именно стихийно, а не в результате предварительного продумывания законодателем создал естественное средство обеспечения исполнения коммерческих обещаний, простейшим вариантом которого был вещественный заклад, остающийся у продавца, поскольку монопольно значимой операцией была продажа. Однако сегодня сторона, передающая средства обеспечения, рискующая или согласная на их утрату по экономическим, рыночным, личным соображениям, все равно подвергается опасности получить требования об убытках ввиду концепции, закрепленной в ст. 15 ГК РФ; кроме того, – и это важно – теперь нельзя исключить соглашением последствия умышленного неисполнения (ст. 401 ГК РФ), их невозможно даже смягчить. Итак, на сегодня отказ от исполнения основного договора после передачи задатка чреват его утратой и возмещением полной суммы чужих убытков.

Широкое использование залога и задатка иногда уступало первенство другим способам обеспечения. Среди них, например, в советский период главную роль при теоретическом забвении признанных институтов играла неустойка, которая стала основным средством возложения ответственности. Подсчитано, что в законодательстве СССР, в первую очередь в различных постановлениях правительства, регламентирующих хозяйственную деятельность социалистических предприятий, было предусмотрено несколько тысяч разновидностей штрафов и пени¹. Это был главный судебный рычаг или механизм регулирования производственной дисциплины², пока задаток допускался только для граждан³.

3. НАЗРЕВШИЕ ПРОБЛЕМЫ И НЕВЬЯСНЕННЫЕ АСПЕКТЫ ЗАДАТКА

В данной части статьи будут изложены ключевые проблемы правового режима задатка. Стоит отметить, что некоторые из них были успешно преодолены судебной практикой и основанными на ее обобщении поправками в ГК РФ 2015 г.⁴ Вместе с тем по крайней мере 10 из этих вопросов остались и по-прежнему вызывают дискуссии в кругах юристов – ученых и практиков. Рассмотрим эти проблемы.

¹ См.: Липницкий Л.Х. Предотвращение хозяйственных правонарушений и эффективность производства // *Хозяйственное право и эффективность производства*. Донецк: Изд-во ИЭП АН УССР, 1979. С. 96; Зардов Р.С. Законная неустойка: теоретические и практические аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2019. С. 21.

² См., напр.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 158–164; Райхер В.К. Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину // *Советское государство и право*. 1955. № 5. С. 73–84.

³ В результате кредитной реформы 1930 г. задаток остался только в сфере правоотношений между гражданами; затем ГК 1964 г. этот режим был смягчен: для использования данного правового средства требовалось, чтобы хотя бы одна из сторон была физическим лицом.

⁴ Внесены Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ.

Во-первых, из буквального прочтения п. 1 ст. 380 Кодекса следует, что если в договоре выплаченная сумма названа задатком, однако она не выдана как часть платежа и не служит доказательством уже возникших правоотношений по договору, то эта выплата не может пользоваться соответствующим правовым режимом.

Во-вторых, в п. 2 ст. 381 ГК РФ установлена возможность смягчения имущественной ответственности неисполняющего договор. Однако это запрещено в виде предусмотрения умышленного игнорирования обязательств и ее исключения в части убытков (ст. 401, 15 ГК РФ).

В-третьих, утверждается как аксиома, что отношения по задатку носят акцессорный характер и привязаны к основному обязательству. П. 4 ст. 329 гласит: «Прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства...». По-прежнему остается актуальным вопрос о режиме требований из задатка, времени его возникновения и последствиях утраты силы обеспечиваемым обязательством¹.

В-четвертых, установленная в правовой литературе неустойчивая² природа задатка, руководящие разъяснения о его снижаемости высших судебных инстанций основаны не на правовых нормах, а на «аналогии закона». Такое правотворчество уменьшает побуждение к использованию задатка, заставляет гадать, а не относится ли это и к применению так же к суммам отступного. Неустойка выражает ответственность за нарушение договорного обязательства, задаток, особенно его двойной размер, – это должна быть плата за освобождение от отношений, в первую очередь завязывающихся на преддоговорной стадии и могущих обладать гораздо большей ценностью, чем стоимость нарушения отдельно взятых обязательств.

В-пятых, как упоминалось выше, в соответствии с русскими обычаями задаток обеспечивает, подтверждает не обязательство, а обязанность «дозаклучить» договор. Так, согласно ст. 49 т. 1 кн. 5 Проекта Гражданского уложения Российской империи «денежная сумма, выданная одною из договорившихся сторон другой в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения, признается задатком»³. Такая формула задатка была полностью воспроизведена в ГК РСФСР 1922 г.⁴ Но в Основах гражданского законодательства 1961 г.⁵ было опре-

¹ Так, в определении ВС РФ от 10 марта 2009 г. № 48-В08-19 указано, что задатком опосредованно может обеспечиваться исполнение еще не возникшего обязательства. Данная позиция Суда противоречит ст. 380 ГК РФ (см.: Макарова О., Цытрина О., Пугаев Е. Обеспечение задатком предварительного договора // Корпоративный юрист. 2014. № 7. С. 8).

² Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. С. 534 (автор комментария – А.Г. Карапетов).

³ Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. Ст. 49. С. 122.

⁴ Статья 143 ГК РСФСР 1922 г. (в ред. от 2 февраля 1923 г.).

⁵ Статья 35 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (в ред. от 12 июня 1990 г.).

делено, что задатком обеспечивается исполнение обязательств¹. Такой же логики придерживается и п. 1 ст. 380, несмотря на возврат к «обеспечению исполнения договора», во взаимодействии с п. 1 ст. 329 ГК РФ, помещенные в подраздел об обязательствах, а не о договоре. Однако исторически задаток прежде всего направлен на установление связанности будущим договором, цель и основание которого осознаются сторонами, а детали исполнения, возможно, нет². Как мы убедились в предыдущих разделах, сформированная вековой практикой цель данного правового средства двоякая: обеспечение исполнения будущего договора (а не отдельно взятого обязательства) и самообязывание вступить в договор³.

В-шестых, в соответствии с п. 1 ст. 380 Кодекса сумма задатка «выдается» как наличные средства⁴, а не «перечисляется» или «передается».

В-седьмых, отмечается, что платеж поступает в счет причитающихся выплат. И, казалось бы, следствием этого должно стать улучшение положения задаткодателя, поскольку подчеркивается целевое значение данной суммы, однако это не так. Вышеупомянутая формулировка лишает институт задатка необходимой гибкости, поскольку предполагает, что такая выплата не предоставляется по договору, не предусматривающему платежей, например мены, простого товарищества, залога, безвозмездных уступки прав, ссуды, хранения, пожизненной ренты, поручения и т.п., а также по корпоративному соглашению и учредительному договору, – и как первоначальная выплата лицу, несущему бремя денежного обязательства. В России задатки выдавали лица, вступившие в личный наем с тем, чтобы заказчик не имел полной свободы торговаться и на лучших условиях привлекать других работников⁵. Все чаще и настоятельнее полезные свойства задатка требуются и в обстоятельствах, когда одна сторона связывает другую любым, а не только денежным обязательством. Разумеется, здесь не имеется в виду случай, когда стороны решились на многоступенчатость взаимоотношений посредством предварительного договора.

В-восьмых, столь же устаревшей является норма о том, что при прекращении обязательства до начала имущественного предоставления по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения задаток должен быть возвращен (п. 1

¹ Статья 35 Закона СССР от 8 декабря 1961 г. «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик»; см. подробнее: *Иоффе О.С.* Указ. соч. С. 167–170.

² Задаток свидетельствовал о заключении договора в отсутствие деталей его исполнения (см., напр.: *Исаченко В.А., Исаченко В.В.* Указ. соч. С. 8–9; *Анненков К.Н.* Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1898. С. 211; *Лусков А.Г., Краснокутский В.* Указ. соч. С. 214).

³ В дореволюционной литературе это соображение высказывалось, в частности, К.Н. Анненковым (см.: *Анненков К.Н.* Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. 2-е изд., пересмотр. и доп. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1901. С. 211, 218).

⁴ Например, в нормах о банковских сделках выдача и перечисление денег прямо противопоставляются. Так, согласно п. 1 ст. 834 ГК РФ «банк вместо выдачи вклада... должен произвести перечисление... на... счет».

⁵ *Победносцев К.П.* Указ. соч. С. 265–266; *Пахман С.В.* Указ. соч. С. 87.

ст. 381 ГК РФ). В современном изложении такое установление бесполезно и вводит в недоумение. Из соотношения его с нормой п. 4 ст. 329 Кодекса о допустимости «иногое» в законе выходит, что в силу регулирования и предусмотренной в нем возможности разрешенного выхода из отношений договоры (подряд, поручение, оказание возмездных услуг, комиссия, аренда, агентирование, доверительное управление имуществом, простое товарищество, предоставление неисключительной лицензии) прекращаются вместе с обеспечивающими их обязательствами и теряют силу. Вместе с тем, с одной стороны, задаток при названных обстоятельствах должен быть возвращен, но не в результате действия п. 1 ст. 381 ГК РФ, а как неосновательное обогащение задаткополучателя. Однако если выходящая из договора сторона возмещает чужие убытки согласно положениям Кодекса, то она теряет задаток либо уплачивает его в двойном размере, даже когда убытков вовсе не образовалось (п. 2 ст. 381 ГК РФ), как ответственная за неисполнение обязательств.

В-девятых, взаимоотношения по задатку должны возникать только из письменного соглашения, что противоречит многовековой деловой практике. Пункт 2 ст. 380 ГК РФ по смыслу запрещает свидетельские показания при совершении устной сделки (п. 1 ст. 162 ГК РФ).

В-десятых, задаток не презюмируется, и переданная денежная сумма является авансом «в случае сомнения» (п. 3 ст. 380 ГК РФ). Такой ограничитель советского времени давно не соответствует потребностям оборота. Далее об этом будет подробнее.

Обладатель обеспечения имеет дискрецию в отношении того, обратиться ему к гражданско-правовому средству или нет. Ценность задатка заключается в максимальном удобстве по сравнению с другими правовыми средствами: для его получения достаточно заявления о невозврате. Задаткополучателю для реализации потенциала своего обеспечения не нужно идти в суд в целях обращения взыскания. Переданные средства – деньги, вещи, объединенные родовыми признаками, – нельзя идентифицировать, поэтому у вышеупомянутого лица нет необходимости при обращении к обеспечению дополнительно переносить право собственности на уже имеющийся у него объект гражданских прав, как в случае залога, находящегося во владении кредитора¹. Такое уникальное достоинство данного правового средства снижается казуистическими рассуждениями об акцессорности² отношений между лицами, предоставляющими и получающими обеспечение, о том, что из этого якобы вытекает невозможность существования

¹ См.: Белов В.А. Гражданско-правовые формы отношений, направленных на обеспечение исполнения обязательств (на примере способов обеспечения, предусмотренных главой 23 Гражданского кодекса РФ) // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: сборник статей / рук. авт. коллектива и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2010. С. 185.

² Латинское слово *accessio* «по отношению к обязательствам обозначает... добавочное обязательство с целью укрепления главного обязатель[ствен]ного отношения (*obligatio principalis*)...» (Дыдынский Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. 2-е изд., испр. и доп. Варшава: Тип. К. Ковалевского, 1896. С. 6).

задатка, если отсутствует, не оформилось или в некоторых случаях не определено основное обязательство¹.

Российская юридическая доктрина давно оперирует термином «акцессорное обязательство», в особенности в отношении институтов залога, поручительства, теперь могущих возникать заблаговременно, неустойки². Статьи, учебники, книги по гражданскому праву, вопросы на экзаменах касаются особых прав и обязанностей (акцессорных), судьба которых зависит от обеспечиваемого требования по возврату займа, передаче вещи, исполнению работ и т.д. Их цель состоит в укреплении ожидания основного имущественного предоставления. Вместе с тем в ГК РФ нет термина «акцессорный». Более того, мы утверждаем, что соответствующее понятие нуждается в уточнении, в первую очередь применительно к задатку.

Очень долгое время транслировалось из статьи в статью мнение профессора Б.М. Гонгало: «Задатком не может обеспечиваться обязательство, возникновение которого лишь предполагается, поскольку обязательство, возникающее на основе соглашения о задатке, является акцессорным (дополнительным) и, следовательно, оно производно и зависимо от основного (обеспечиваемого задатком) обязательства, оно может существовать лишь при условии существования основного обязательства»³. Мы считаем, что правовое средство, поддерживающее предполагаемое, но не существующее обязательство, играет особую роль. На наш взгляд, дискуссия об акцессорности хотя и ведется, но не вылилась во что-то определенное. Преобладает точка зрения о том, что задаточные отношения не могут существовать ранее основанных на обеспечиваемом договоре.

4. ПОТЕНЦИАЛ ЗАДАТКА

В нынешней редакции ст. 329 ГК РФ говорится лишь о прекращении действия обеспечивающего обязательства при отпадении основного. Из этого же логически не вытекает вывод, что заблаговременные договоры, односторонние сделки, устанавливающие гарантию заключения и исполнения основного договора, не могут существовать.

¹ Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. С. 49–50; менее строгий подход см.: Бевзенко Р.С. Акцессорность обеспечительных обязательств: европейская правовая традиция и российская практика // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 5. С. 7; см. подробнее: Архипова А.Г. Является ли страхование способом обеспечения обязательств? // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 8. С. 4–6; Павлов А.А. Обеспечение исполнения обязательств, вытекающих из предварительного договора // Арбитражные споры. 2006. № 2 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См., например: Бевзенко Р.С. Акцессорность обеспечительных обязательств. М.: Статут, 2013; Трезубов Е.С. К вопросу о правовой природе обеспечительных обязательств // Вестник КемГУ. 2015. Т. 2. № 2(62). С. 211–214.

³ Гонгало Б.М. Указ. соч. С. 49–50.

Появление обеспечивающего обязательства до согласования параметров основного – главная функция задатка как механизма поддержки и стимулирования охраняемых правом отношений¹. Как следствие, соответствующие действия заключаются в *целевой* уплате или выдаче и, более того, растождествляются с заключением договора, когда ясны только его общая цель и кауза.

Задаток не просто побуждает к исполнению соглашения как такового, но также может свидетельствовать о существовании сделки – даже до придания ей формальных и необходимо требуемых реквизитов, и это вполне жизненная ситуация, когда совпадающие волеизъявления имели место, а их фиксирование осуществляется позже². В таких условиях соответствующие правоотношения не только могут устанавливаться или подтверждать сложившуюся недооформленную договорную связанность, а *должны* существовать. Новую редакцию ст. 329 Кодекса нужно толковать таким образом, что обязательство из неустойки и задатка, как и залога, поручительства (п. 2 ст. 336, п. 1 ст. 361 ГК РФ), возникает и до заключения основного договора.

Задаток – один из важнейших институтов договорного права, который несет в себе черты отступного, платы за отказ от исполнения обязательства, неустойки, аванса, обеспечительного платежа, но ими не является. Как и прежде, это удобное ритуальное действие, свидетельствующее о приверженности сторон сделке или ее закрепляющее, которое при успешном доказывании может выступать достаточным основанием для установления существования договора с пороками формы.

В 2006 г. высказывалось мнение М.Ф. Ермошкиной о том, что в современном отечественном правопорядке нужно возродить правило о том, что если выдача задатка предусмотрена в договоре, то он вступает в силу лишь с момента такой передачи³. Однако достаточная правовая связь может возникать уже в силу самообязывания и вне договора.

Современные комментаторы упускают, что при исполняемом контракте компенсационная функция задатка перестает реализовываться, поскольку возможные денежные потери кредитора от нарушения договора поглощаются требова-

¹ М. Ермошкина приходит к выводу о том, что в римском частном праве задаток часто применялся как средство понуждения к заключению договора (*arrha contractu imperfecto data*) (см.: Ермошкина М. Задаток и предварительный договор: тест на совместимость // эж-Юрист. 2005. № 32 (СПС «Гарант»); Она же. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук; см. также: Барон Ю. Система римского гражданского права / Пер. Л. Петражицкого. 3-е изд., испр. по 9-му немецкому изданию. Вып. 3. Кн. IV: Обязательственное право. СПб.: Изд. кн. маг. Н.К. Мартынова, 1910. С. 35; Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. 2-е изд., пересмотр. и доп. С. 214).

² См.: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 33–37; Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. 2-е изд., пересмотр. и доп. С. 211, 218; Дювернуа Н.Л. Указ. соч. С. 78.

³ Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук. С. 13.

ниями об убытках. В таком случае лучше записать в качестве соответствующего назначения данного правового средства и предусмотреть как диспозитивную формулу его преобразование в аванс с момента начала принятия исполнения, ибо в условиях укоренения в законодательстве, судебной и коммерческой практике аванса, неустойки, корректируемой в сторону уменьшения ввиду сопоставления ее с убытками, отступного, передача которого прекращает именно конкретное обязательство, вырисовывается иная приоритетная польза от задатка. Теперь это инструмент, устанавливающий связь с договором, даже если в данный момент определен только его предмет, например грузовик цемента по котированной цене на рынке в день поставки.

По умолчанию правильнее привязать регулирование рассматриваемого института к критерию вины как к традиционно более понятному, отработанному и привычному, в основе которого лежат незаботливость и неосмотрительность, причем проявленные не только при исполнении договорных обязательств. Установление отношений сторон может оформляться до определения существенных условий основного договора односторонними сделками. Такая конструкция помогает получить механизм или алгоритм связывания обязательствами, стимулирующими и заключение, и исполнение договора.

Проекты, именовавшиеся запродажами недвижимости, были весьма развиты и даже специально урегулированы в Российской империи, где обязательство сторон непосредственно до самой купли-продажи гарантировалось задаточной распиской, но тогда не называемой односторонней сделкой, утвержденной старшим нотариусом¹. Принятие сумм создавало также обязательство, влекущее возвращение задатка в двойном размере.

Такой способ сопровождения сделки, будучи заимствованным из прошлого, имел бы неоспоримые преимущества перед предварительным договором в проектах будущей аренды строящихся офисов (ст. 429 ГК РФ). Однако прибыльность, спрос, общественная потребность создали практику заключения упомянутых соглашений, в соответствии с которыми на фазе строительства происходило внесение арендной платы авансом до регистрации и заключения основного договора в отношении офисных помещений в строящихся бизнес-центрах, несмотря на то, что предварительный договор не предполагал регулирования расчетов. При этом стороны прекрасно осознавали следующие риски: вышеупомянутый документ создавал обязывание сторон друг перед другом в отношении основной сделки, а не платежей. Если она банально заключалась с другим потенциальным арендатором, предложившим более высокую цену, подписант предварительного договора мог требовать только доказанные убытки. Предварительный договор устанавливал обязательства по совершению будущей сделки на определенных в нем существенных условиях, которыми могут быть предмет и цена.

¹ См. подробнее: Шимановский М.О. Указ. соч.

² См. подробнее: Макарова О., Цытрина О., Пугаев Е. Указ. соч.

Преддоговорные отношения в условиях современного делового оборота играют исключительную роль. В качестве ответа на животрепещущую предпринимательскую потребность годы спустя 8 марта 2015 г. к статье о задатке было присовокуплено положение (п. 4) о том, что он обеспечивает заключение основного договора при наличии предварительного.

В действительности, когда возросло число экономических связей нового типа или, точнее, имел место бум таких отношений, оптимальную защиту мог осуществить только задаток. Значительные суммы, выступавшие в том числе и как плата за предстоящее пользование офисными помещениями премиум-класса, передавались бы в обеспечение заключения или исполнения подлежащего регистрации договора аренды и имели бы следующие цели: финансирование строительства, на которое, возможно, пока не хватает оборотных средств; переход последних или части из них собственнику без обременения, если арендатор, на которого тот ориентируется, не пожелал участвовать в проекте, который в заранее оговоренных деталях сопряжен с индивидуальной планировкой. До возникновения договорных отношений собственник будущих помещений не мог бы без последствий, носящих имущественный и штрафной характер, устанавливая связи с другими клиентами с целью получения большей выгоды. Инициативу использовать это средство сводила на нет неясность нормативной формулировки, закрепляющей, что задаток выдается в подтверждение или доказательство заключения договора и что соглашение о нем должно быть письменно исполнено.

В сложившейся обстановке можно было вернуться к тому, что делали наши коллеги более века назад, а именно использовать задаток в счет исполнения арендного договора, что давало сторонам прочные, причем двусторонние, гарантии. Вместе с тем ст. 380 ГК РФ о том, что рассматриваемое правовое средство слито с доказательством заключения основного соглашения, этому мешало. Большинство юристов сделали вывод о том, что отношения о задатке до возникновения основного обязательства просто не могут существовать (и никто в правовом дискурсе и среди правоприменителей не сказал, что это не так, за исключением М.Ф. Ермошкиной¹); подобная позиция лишает задаток его основного, можно сказать, фундаментального предназначения, а именно создавать юридическую связанность договором, предполагающим исполнение важных денежных обязательств в тех условиях, когда его заключение еще не созрело, пока невозможно или неуместно и сделка не может состояться, не готова, не одобрена по процедуре, в данный момент неоптимальна для передающего вещь, исполняющего услугу, работу и т.п., или пока не может быть зарегистрирована, с чем связано ее вступление в силу.

Фактором, блокирующим всестороннее использование института задатка, является положение ГК РФ о том, что он возникает вследствие договора между задаткодателем и задаткополучателем. При этом не учитывается реальная живая

¹ Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 8, 11–12.

практика употребления задатка в области жилой недвижимости, где, как и в старину, для гарантирования заключения сделки, а не для обеспечения исполнения обязательства выдается расписка о его получении. Соответствующие суммы вручаются в наличном виде подписанту. Можно, наверное, считать, что тем самым практически заключается договор о задатке, особенно если его получатель возвращает копию расписки с указанием на принятие этого письменного документа. Тогда происходит фиксация совместного волеизъявления сторон, состоящего в определении существенных условий. Вместе с тем такие случаи являются исключением, а продавец и покупатель имеют в виду не столько полноценное соглашение, сколько гарантирование, имеющее последствием потерю задатка при виновном отказе заключить куплю-продажу. Лица могут совершать не одну двустороннюю, а две односторонние сделки, связанные между собой, и разница заключается в том, что здесь нет правовой основы для взыскания договорных убытков.

Выдача расписки – самообязывание обещанием выплатить двойной задаток. Современное регулирование такую ситуацию не легитимизирует, поскольку установление задатка якобы возникает только из соглашения.

Мы уже отмечали, что указанный институт происходит из обычаев и традиций. Из трудов С.В. Пахмана, который делал обзоры решений волостных судов, следует, что задаток в основном не опосредуется договором, а просто является частью покупной цены¹. Это не что иное, как, в современной правовой квалификации, односторонняя сделка, во всяком случае, если принята расписка, поскольку она документирует основание выплаты и является для этого достаточной².

Требование ГК РФ об обязательной письменной форме договора задатка, происходящее из советского времени, направлено против злоупотребления, когда аванс мог бы трактоваться как задаток, возвращаемый в двойном размере. Следующим не подвергавшимся необходимому осмыслению положением, взятым как частное мнение из дореволюционной литературы, является придание задатку функции не только доказывания, но и конституирования основной сделки, например договора купли-продажи, подряда, хранения, аренды и т.д.³

¹ Пахман С.В. Указ. соч. С. 141–146.

² Отметим, что суды не всегда признают расписку о получении (выдаче) задатка письменной формой соглашения о нем (см. об этом подробнее: Журавлева А.А. Задаток: некоторые проблемы, возникающие при заключении договора купли-продажи жилого помещения // Законодательство. 2013. № 10. С. 57–62).

³ По выражению русского правоведа А.М. Гуляева (профессор Императорского Московского университета и Имперского лица в память Цесаревича Николая; его пособие к лекциям было издано в Санкт-Петербурге в 1912 г.), задаток играет санкционирующую роль, предшествующую даже его общепризнанной обеспечительной функции. О вышеупомянутой функции задатка см.: Гуляев А.М. Русское гражданское право: обзор действующего законодательства, кассационной практики Прав. сената и Проекта гражданского уложения: пособие к лекциям. 4-е изд., пересмотр. и доп. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1913. С. 265–266.

Задаток по писаному праву, не облакаясь в договорную оболочку, создавал отношения, прежде всего по продаже недвижимости. Почему разработчики Проекта Гражданского уложения не упоминали о договоре задатка, но сказали лишь о сумме, выданной в доказательство заключения договора? Ответ очевиден. Во времена, предшествующие Первой мировой войне, в цивилистике понятие односторонней сделки не было достаточным образом разработано, внимание ученых было обращено на договорные и внедоговорные обязательства, порождаемые причинением вреда, обогащением. В то время не было строгой регламентации контрактной формы, последствий ее несоблюдения, и задаток выступал как способ заключения договоров вообще, но этим его роль явно не исчерпывалась. Из формулировок Проекта Уложения она также состояла: в выходе из договора; плате за освобождение от обязанности его заключить или исполнить; финансовой угрозе за неисправность контрагенту; экономии на расчетах; наложении санкций; финансировании исполнения. В настоящее время соседство ряда правовых положений меняет предпочтительность задействования задатка, логически выводя на первое место прекращение связанности договором как таковым независимо от момента его заключения.

Задаток характеризовал решимость принимающего его кредитора и становился прокредиторским институтом. Однако в Проект Гражданского уложения Российской империи было введено отдельное диспозитивное правило о придании задатку роли отступного¹. Мы полагаем, что сегодня такое решение все же не является оптимальным для оборота, поскольку наиболее распространенным *modus vivendi* среди участников были, есть и будут выдача части средств и их принятие, производимые с целью приобрести свободу выбора и обременить вторую сторону общей обязанностью, прерываемой отступным, не перегружая отношения на данной стадии формальностями. По этой причине указанная модель должна быть основной, а не диспозитивно предусмотренной.

Несмотря на наличие в ГК РФ ст. 15 и п. 1 ст. 393, устанавливающих универсальность возмещения убытков при нарушении права, законодатель все-таки применил диспозитивную конструкцию сочетаемости полного возмещения и двойной выплаты задатка, указав, что иное может быть предусмотрено договором. Вместе с тем в нем можно установить далеко не все. Статья 15 ГК РФ закрепляет, что убытки, возлагаемые на должника, могут быть только снижены – ни законом, ни договором изъять их из отношений сторон заранее нельзя. Согласно п. 4 ст. 401 ГК РФ умышленное неисполнение также исключает даже снижение подобной компенсации, а задаткодатель и без того в большинстве случаев хотел бы осознанно и намеренно не исполнять сделку, утратив против этого задаток как цену освобождения от последствий. Так вот, это невозможно под угрозой ничтожности

¹ Проект Гражданского уложения Российской империи (с объяснениями). Кн. 5: Обязательства. Т. 1. Ст. 53. С. 125–126.

договора, в котором подобное условие прописано. Посему, перенося данную норму из старого доброго дореволюционного времени, комментаторы и разработчики не понимали, что провозглашенная свобода сторон здесь невозможна в системе других норм современного ГК РФ, что договорный режим задатка и убытков здесь уже ограничен тем, что последние могут быть только снижены, но не исключены, а применительно к спланированному отказу от договора запись о снижении размера или освобождении от возмещения ничтожна.

Законодатель должен был в действующей парадигме ответственности артикулировать значение задатка как отступного, причем отступного двустороннего, чья стимулирующая и регулирующая функции осуществлялись бы в зависимости от размера передаваемой суммы. Инициатор, сильно заинтересованный в договоре, выдавал бы более существенную величину средств, а сторона, желающая при возможности отступить от договора, – небольшую.

Итак, размер суммы как предмет отдельного волеизъявления передающего субъекта сам выявляет назначение задатка. Последний предстает, с одной стороны, как отступное, позволяющее освободиться от заключения договора. С другой стороны, если это значительная величина финансовых средств, она будет играть роль исключительной неснижаемой, поскольку для этого нет нормативных оснований, неустойки, действующей по оптимальной модели регулирования, и до возникновения контрактных взаимоотношений. Таким образом, рассматриваемый правовой инструмент позволяет регламентировать преддоговорную стадию с созданием условий различных правовых режимов соответствующих прав и обязанностей.

Законодатель выделяет прекращение основного обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон (п. 1 ст. 381 ГК РФ) как условие возврата задатка. Это положение является бесполезным. Мало того, его толкование способно привести к путанице и неопределенности. Вместе с тем, на наш взгляд, неясным выступает сочетание двух пунктов ст. 381 Кодекса. Установлено, что неисполнение договора, не освобождающее от ответственности, влечет потерю задатка либо уплату его в двойном размере.

Предположим, что доверитель в счет гонорара коммерческого поверенного выдает последнему задаток. По закону он обязан при разрешенном выходе из отношений возместить всевозможные убытки, которые раскрываются в ст. 15, 393 ГК РФ: происшедшие, будущие расходы, реальный ущерб, упущенную выгоду, доходы нарушителя субъективного права, стоимость мер и приготовлений к получению исполнения. По букве нормы, если экономический интерес заставляет отменить полномочия с обязательством представляемого возместить имеющиеся убытки (п. 2 ст. 978 ГК РФ), то задаток в счет платежей за услуги поверенного остается у него, а если поверенный по какой-то причине решается реализовать свое законное право, даже понимая отсутствие возможности у доверителя иначе реализовать свои интересы (п. 3 ст. 978 ГК РФ), он должен выплачивать двойную сумму задатка, если она сильно превосходит размер убытков или когда их

нет. Так *prima facie* трактуется п. 2 ст. 381 ГК РФ о задатковых потерях при ответственности. Полагаем, что нужно вернуться к принципу вины при определении того, теряется ли задаток или уплачивается в двойном размере.

Восстановительная функция гражданского права заключается в одинаковом размере ответственности или присуждения независимо от характера неисполнения. Но фактор степени вины должника или ее отсутствия должен приобретать все более важную роль при определении и объема, и конфигурации ответственности. Например, в современной литературе гражданского права существуют многочисленные сторонники правила о том, что возмещаются только предвидимые убытки при легкой небрежности должника, а непредвиденные – при других формах вины¹. Вина дифференцируется и становится определителем размера санкций при причинении морального вреда, неосторожности кредитора, выплатах вследствие субсидиарной ответственности содолжников.

Законодателю, развивая идею задатка как денежного штрафа, а не ответственности в собственном значении этого слова, следовало бы воспринять концепцию о вине как основании потери или уплаты задатка в двойном размере, заложенную в Проекте Гражданского уложения Российской империи.

Правовое поле, в котором существует институт задатка, сейчас, несомненно, другое, чем было в дореволюционной или советской России. Одним из новейших средств гарантирования реализации обязанностей по договору является обеспечительный платеж. Это сумма, выдаваемая в счет исполнения денежного обязательства, в том числе возмещения убытков, уплаты неустойки, и оплачиваемая до его возникновения. Появление ст. 381.1 в ГК РФ почти полностью объясняется неуверенностью в использовании задатка на волатильном и объемном финансовом рынке, работающем через лицензированных профессиональных участников, которые управляют чужими средствами. Отсюда обеспечительный платеж введен с двоякой целью: создания финансовой прослойки для работы вышеупомянутых лиц и аккумуляции сумм, покрывающих потери неисполнения любого договора, а не отдельно взятого обязательства. Данное правовое средство восполняет незадействованные стороны задатка: обеспечивает реализацию будущего договора, запланированного обязательства, а также служит заменой ответственности.

¹ Такую позицию заняли авторы ряда актов международной частноправовой унификации. См.: (1) ст. 9:503 Принципов европейского договорного права (*Principles of European Contract Law, PECL*) (см.: Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции / пер. с англ.; под ред. Н.Г. Вилковой. 4-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2011. Приложение I.3 (СПС «КонсультантПлюс»)); (2) ст. III.-3:703 Модельных правил европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*) (Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. С. 255).

Иной подход можно обнаружить в (1) ст. 7.4.4 Принципов международных коммерческих контрактов (Принципов УНИДРУА) (СПС «КонсультантПлюс»); (2) ст. 74 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.) (СПС «КонсультантПлюс»).

По этому поводу см. также: Байбак В.В. Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора // Вестник ВАС РФ. 2009. № 5. С. 54–69.

Этим же можно объяснить причину такого нововведения, как плата за отказ от исполнения обязательства (п. 3 ст. 310 ГК РФ). Задаток, как и любой основополагающий институт, зависит от всех улучшений и усовершенствований регулирования, развития цивилистики, наиболее действенным результатом которого выступают постепенная детализация и (или) появление новых норм как юридической базы особых отношений. Пункт 3 ст. 310 Кодекса установил возможность для коммерсантов осуществить отказ от исполнения обязательства или изменение его условий за определенную плату. В этом и состоит пока «дремлющая» функция задатка как средства освобождения от отношений. По смыслу задаток служит также цели компромиссной корректировки разногласий, имеющей в своей основе скидку или уменьшение притязаний в результате платежа меньшего, чем их стоимость. Пока плата за отказ от обязательства лучше регламентирует такую конструкцию, чем договорный задаток, положения о котором в текущей редакции содержат такое условие, как ответственность участника, что всегда является спорным пунктом взаимоотношений (п. 2 ст. 381 ГК РФ).

5. ЗНАЧЕНИЕ СИСТЕМНОГО НОРМАТИВНОГО ОБНОВЛЕНИЯ ОТНОСИМЫХ К ЗАДАТКУ СТАТЕЙ ГК РФ

Устарелость нормативных формулировок о задатке прежде всего выражается в том, что в них ничего не говорится об обеспечиваемых обязательствах, если теряются или уплачиваются суммы задатка, тогда по буквальному смыслу эти возникшие обязательства остаются в силе.

Сегодня задаток наиболее полезен, во-первых, на преддоговорной стадии, во-вторых, в качестве средства, дающего возможность освободиться от связанности договором, а не отдельными обязательствами.

Расположение законодателем норм о задатке в гл. 23 ГК РФ «Обеспечение исполнения обязательств» неудачно, поэтому новые положения о нем должны войти в виде двух отдельных статей в главу Кодекса, посвященную заключению договора (гл. 28). С точки зрения систематики нормативного материала это должны быть прежде всего ст. 434.2 и ст. 434.3. Мы предлагаем сформулировать их следующим образом:

«Статья 434.2. Задаток и заключение договора

Задаток – денежные средства или вещь, передаваемые в обеспечение заключения и (или) исполнения договора на условиях расписки задаткополучателя или соглашения сторон. Условия задатка могут формулироваться как часть оферты задаткодателя. Незаключение и (или) неисполнение договора по вине только задаткополучателя влекут возврат денежного задатка в двойном размере, а по вине задаткодателя – потерю задатка, в том числе переданных в задаток вещей, если иное не установлено в условиях соглашения о задатке. До заключения основного договора потеря задатка и его уплата в двойном раз-

мере имеют значение отступного, а после – зачетной неустойки с прекращением неисполненных обязательств из договора.

Статья 434.3. Режим денежного задатка

Денежный задаток с начала принятия исполнения по договору становится авансом. Требования об убытках стороны вправе заявлять друг другу после заключения обеспечиваемого договора».

При оферте ответ о принятии задатка связывает задаткополучателя. Перечисление задатка обязывает оферента на указанный срок действия оферты. Задаток может состоять в имущественном предоставлении, в вещах, таких как кольцо с бриллиантами, дорогая книга, векселя, т.е. в предметах индивидуализированных. В таком случае он будет односторонним. Но поскольку сейчас чаще всего таковой вносится в денежном эквиваленте, в нормах этих статей должна быть выражена функция задатка как отступного, причем действующего для двух сторон и прекращающего не основные обязательства, а связанность условиями договора, которые могут быть определены до его заключения. Это позволяет использовать данный инструмент для регулирования поведения на ранней стадии закрепления деловых отношений наряду с предварительным договором и обходиться без последнего, избегая формальностей при оперативном принятии того или иного варианта действий.

Впрочем, в ст. 380 и 381 нужно сохранить регламентацию, связанную с началом исполнения отдельного обязательства, полностью переписав их. Формулировки здесь могут быть такими: «Неденежное обязательство может быть обеспечено денежным задатком, передаваемым должнику по неденежному обязательству до или после его возникновения. Обеспечиваемые обязательства могут быть названы в оферте, договоре о задатке и расписке задаткополучателя с обозначением условий каждого обеспечиваемого обязательства» (ст. 380); «С началом принятия исполнения по неденежному обязательству сумма задатка приобретает значение аванса. Неисполнение обязательства по вине задаткодателя влечет потерю задатка. Неисполнение обязательства по вине только задаткополучателя влечет уплату задатка задаткополучателем в двойном размере. Потеря задатка либо уплата его в двойной сумме после заключения основного договора влечет прекращение обеспечиваемых обязательств» (ст. 381).

Итак, в предложенном нами регулировании задаток дифференцирован: теперь это инструмент, регламентирующий и создающий отношения из односторонних сделок на преддоговорной стадии. Кроме того, данное правовое средство стимулирует исполнение договора как такового, поскольку нередко вследствие его подписания наступает пауза в связи с вопросом о начале имущественного предоставления. Можно обратиться в суд с иском к должнику по обязательству об исполнении в натуре или обратиться к ст. 328 ГК РФ, но это занимает много времени, связано с затратами, доказыванием убытков, которых может вовсе не быть.

Благодаря рассматриваемому правовому средству до и после вступления договора в силу существует механизм, побуждающий к исполнению обязательств.

Участники имущественного и коммерческого оборота станут более дисциплинированными, получив в свое распоряжение институт своего рода автономного задатка, посредством которого смогут преодолеть период «стояния на реке Угре». Весьма часто в повседневной жизни и как на международной арене тот, кто первым не исполняет подписанный и вступивший в силу договор, располагает своеобразным усмотрением, часто доходящим до злоупотребления. При этом он полагает, что иск об убытках малоперспективен, испортит отношения, а потому маловероятен. Вследствие этого нарушитель не делает платеж, не совершает неденежное имущественное предоставление и т.д. Задаток, устанавливающий отношения вне устоявшихся формальностей односторонним волеизъявлением, самообязыванием, данную проблему решает.

Как указывалось, задаток для большей действенности и эффективности может быть частью оферты. Представляется, что институт задатка также может быть описан в следующей формулировке нового п. 3 к ст. 435 Кодекса: *«Оферта может сопровождаться уплатой либо передачей задатка. Принятие суммы задатка и выдача расписки ведут к одностороннему обязыванию задаткополучателя к уплате двойной суммы задатка при неисполнении либо незаключении договора на условиях оферты»*. В этом выражено новое качество задатка – то, что он может играть роль отступного, возникающего до заключения договора.

С началом договорного предоставления задаток должен трансформироваться в аванс во избежание путаницы и неопределенности по той причине, что он представляет собой двустороннее обеспечение. Взаимное ненадлежащее исполнение делает объективно невозможным определение того, кто, кому и сколько по итогам не достигших своей цели взаимоотношений должен, возлагаема на задаткополучателя выплата двойной суммы или нет.

Выдача задатка и его принятие – это две односторонние сделки разной направленности, не означающие возникновение договорных взаимных прав и обязанностей. Из регулирования необходимо изъять положение, в соответствии с которым когда с нарушением основного договора с пренебрежением последней стороны можно взыскивать убытки – а сумма задатка идет в зачет, *кроме соглашения об ином* (абз. 2 п. 2 ст. 381 ГК РФ). Это правило повторяет норму, предложенную в Проекте Гражданского уложения Российской империи. В законодательном плане теперь подробно и достаточно эффективно урегулирован институт убытков. В настоящий момент их возмещение – это универсальное, субсидиарное средство правовой защиты, сочетаемое с другими юридическими возможностями, которое преследует цель полного восстановления имущественного состояния потерпевшей стороны, поэтому упоминание о том, что обеспечение от задатка идет в зачет причиненного нарушением сделки ущерба, является лишним и вводит в заблуждение. Как указывалось, фраза о том, что стороны могут договориться об ином, употреблена не к месту. Сумма убытков не может превосходить размер действительных потерь, а заблаговременное исключение или ограничение возможности их возмещения запрещено в силу п. 4 ст. 401 ГК РФ, так что не все «иное» допускается, о чем можно условиться.

Статья 380 ГК РФ вводит требования к форме договора о задатке, что не отвечает реалиям и нуждам оборота¹. Выданный при свидетелях, он становится непотребным в том смысле, что даже когда принятые суммы подтверждаются третьими лицами, по регулированию Кодекса, это значения не имеет. Норма, находящаяся в нашем ГК уже без малого 30 лет, не соотносится с широкой практикой сделок с недвижимостью, а также с расписками о задатке в том смысле, что их предъявление в суде само по себе не говорит о соответствующих юридических отношениях. Кроме того, исходя из имеющегося текста п. 3 ст. 380 ГК РФ, если возникают сомнения, является ли выдаваемая сумма задатком, правоприменитель делает вывод, что она представляет собой аванс. Эта формула неоптимальна. Сумма, выдаваемая до окончательного оформления договора, наоборот, должна презюмироваться задатком, который лучше стимулирует взаимоотношения из договоров. Аванс хуже подталкивает к исполнению: он ничего не дает передающему в качестве ответа на предварительное финансирование, кроме невысокого процента в соответствии со ст. 395 ГК РФ.

Задаток, как утверждают многие комментаторы, есть атрибут ответственности², однако полагаем, что так квалифицировать его можно не всегда. Когда стороны определили, что обозначенная сумма передается на случай вероятного ненамеренного неисполнения договора, оставление задатка есть обязательственные последствия по условиям сделки, а не восстановительное возмещение потерь, регулируемое и соотносимое с размером действительного ущерба.

Нет никаких правовых поводов уменьшать оставленную у получателя в виде задатка сумму, пусть и превосходящую назначенную величину всевозможных убытков. Будучи эквивалентной цене освобождения от затратного, невыгодного, рискованного, непривлекательного договора, она сохраняется у вышеупомянутого лица как условие неисполнения основной сделки, которая видится в изменившихся обстоятельствах абсолютно убыточной, неоправданно затратной. Здесь стоимость потерь может измеряться не масштабом неполученной прибыли контрагента и его угрожающей претензией, а существенной ненужной тратой собственных ресурсов.

При возникновении вины, что означает определенную степень осознанности в отношении неисполнения и дефицит осмотрительности, заботливости либо чаще всего умысла, нарушитель ответствен уже в силу своего поведения. Уплаченный задаток ввиду начала последующего исполнения договора преобразуется в аванс,

¹ См.: Гусев О.Б. Договор о задатке // Нотариус. 1999. № 3(17). С. 48–50.

² См., напр.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 538–539 (автор комментария к ст. 380 – А.Г. Карапетов); Гаврилов Э.П. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: Проспект, 2007 (комментарий к ст. 381 ГК РФ); см. также п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (в ред. от 24 марта 2016 г.).

а при виновном стопроцентном неисполнении такой трансформации не подлежит. В новой системе координат нет необходимости заключать договор о задатке, повторяющий или изменяющий существенные условия основного договора, поскольку документом о задатке теперь может являться расписка либо текст оферты.

В ходе разногласий при фазе исполнения договора расписка свидетельствует о полученном авансе. Ее наличия должно быть достаточно для констатации факта уплаты конкретной суммы. Такое регулирование проще и удобнее для оборота. Отпадает необходимость в схоластическом определении того, является ли соглашение о задатке реальным либо консенсуальным договором. Ведь задаток возникает не в силу договора, а на основании двух односторонних сделок, правоотношения вследствие которых появляются последовательно.

6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Рыночная обстановка, которая в последнее время становится все более динамичной, резко отличаясь от спокойного уклада и размеренной торговли XIX в., требует «перезапуска» обсуждаемого правового инструмента. Пока же участники экономических связей просто лишены возможности использовать весь его потенциал. Главным, но не исчерпывающим проблему представляется следующее.

Подобно займу, древнему юридическому понятию имущественного оборота и торговли, появившемуся до всякого регулирования и закрепившемуся в обычаях, задатком в виде денежного залога либо «пополнка» – вещей, передаваемых в удостоверение покупки или мены¹ (в Российской империи он в правовых документах назван залогом²), – обеспечивалось заключение/исполнение договоров. Но позднее для придания этому правовому инструменту универсальности его сделали способом обеспечения уже возникших договорных обязательств, поэтому он перестал работать, о чем свидетельствует статистика судебных и третейских дел.

В настоящее время, при современном состоянии экономической среды главная функция задатка – все же стимулирование заключения сделок. Он становится ненужным во время исполнения обязательств по контракту, а его полезность в большей степени проявляется до реализации договорных прав, причем прежде всего при заключении сделки между отсутствующими сторонами или с разрывом во времени. Отзывная оферта, закрепленная в нашем ГК, может быть обусловлена уплатой задатка в качестве альтернативы ее одностороннему аннулированию. Когда другая сторона путем акцепта заключает договор и началом исполнения трансформирует задаток в аванс, поскольку его обеспечительная функция нивелируется, – потери от недоленного предоставления, включая будущие расхо-

¹ Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук. С. 58.

² См., например, ст. 196 Соборного уложения царя Алексея Михайловича (Тихомиров М.Н., Елифанов П.П. Указ. соч. С. 139).

ды, упущенную выгоду и реальный ущерб, возмещаются при инициативе потерпевшей стороны путем удовлетворения иска об убытках.

References

Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные [Annenkov K.N. The System of Russian Civil Law. Vol. 3: Obligatory Rights] (in Russian). St. Petersburg: M.M. Stasiulevich's Printing House, 1901.

Архипова А.Г. Является ли страхование способом обеспечения обязательств? [Arkhipova A.G. Is Insurance a Way to Secure Obligations?] (in Russian) // Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2018. No. 8.

Байбак В.В. Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора [Baibak V.V. Foreseeability of Losses as a Criterion for Limiting Liability for Breach of Contract] (in Russian) // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. 2009. No. 5.

Барон Ю. Система римского гражданского права / пер. А. Петраржицко-го. Вып. 3. Кн. IV: Обязательственное право [Baron Ju. The System of Roman Civil Law / Trans. by L. Petrarchitskii. Issue 3. Book IV: Law of Obligations] (in Russian). 3rd ed. St. Petersburg: Edition of the N.K. Martynov's Bookstore, 1910.

Бевзенко Р.С. Акцессорность обеспечительных обязательств: европейская правовая традиция и российская практика [Bevzenko R.S. Accessory Nature of Security Obligations: European Legal Tradition and Russian Practice] (in Russian) // Civil Law Review. 2012. No. 5.

Белов В.А. Гражданско-правовые формы отношений, направленных на обеспечение исполнения обязательств (на примере способов обеспечения, предусмотренных главой 23 Гражданского кодекса РФ) [Belov V.A. Civil Law Forms of Relations Aimed at Ensuring the Fulfillment of Obligations (for Example, the Methods of Securing Provided for in Chapter 23 of the Civil Code of the Russian Federation)] (in Russian) // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: сборник статей / рук. авт. коллектива и отв. ред. М.А. Рожкова [Security Measures and Measures of Responsibility in Civil Law: Collection of Articles / Ed. by M.A. Rozhkova], Moscow: Statut, 2010.

Брокгауз Ф.А., Ефрон Е.А. Энциклопедический словарь / под ред. проф. И.Е. Андреевского. Т. 12 [Brockhaus F.A., Efron E.A. Encyclopedic Dictionary / Ed. by I.E. Andreevskii. Vol. 12] (in Russian). St. Petersburg: Typographic Lithography by E.A. Efron, 1894.

Гаврилов Э.П. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный) [Gavrilov E.P. et al. Commentary on the Civil Code of the Russian Federation (Itemized)] (in Russian). Moscow: Prospekt, 2007.

Годэмэ Е. Общая теория обязательств / пер. с франц. И.Б. Новицкого [Godeme E. General Theory of Obligations / Trans. from French by I.B. Novitskii] (in Russian). Moscow: Legal Publishing House of the Ministry of Justice of the USSR, 1948.

Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики [Gongalo B.M. The Doctrine of Securing Obligations. Questions of Theory and Practice] (in Russian). Moscow: Statut, 2004.

Гражданское право: учебник. Т. 1 / под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина [Civil Law: Textbook. Vol. 1 / Ed. by M.M. Agarkov, D.M. Genkin] (in Russian). Moscow: Legal Publishing House of the People's Commissariat of Justice of the USSR, 1944.

Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению / пер. с нем.; науч. ред.: А.А. Маковский и др. [Civil Code of Germany. Introductory Law to the Civil Code / Trans. from German; Ed. by A.L. Makovskii and others] (in Russian). Moscow: Wolters Kluwer, 2004.

Гришаев С.П. Ипотека на современном этапе. Комментарий законодательства [Grishaev S.P. Mortgages at the Present Stage. Commentary on Legislation] (in Russian) (SPS "Consultant Plus", 2009).

Гуляев А.М. Русское гражданское право: обзор действующего законодательства, кассационной практики Прав. Сената и Проекта гражданского уложения: пособие к лекциям [Guliaev A.M. Russian Civil Law: Review of Current Legislation, Cassation Practice Governing Senate and Civil Code Project: Guide to Lectures] (in Russian). 4th ed. St. Petersburg: M.M. Stasiulevich's Printing House, 1913.

Гуляев А.М. Толкование закона в практике гражданского кассационного департамента Правительствующего сената [Guliaev A.M. Interpretation of the Law in the Practice of the Civil Cassation Department of the Governing Senate] (in Russian). Moscow: A.I. Snegirev's Printing House, 1912.

Гусаков А.Г., Краснокутский В. Система римского права: Обязательственное право [Gusakov A.G., Krasnokutskii V. System of Roman Law: Law of Obligations] (in Russian). Moscow, 1894.

Гусев О.Б. Договор о задатке [Gusev O.B. Earnest Money Agreement] (in Russian) // Notary. 1999. No. 3(17).

Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов [Contractual and Obligation Law (General Part): Article-by-Article Commentary to Articles 307–453 of the Civil Code of the Russian Federation / Ed. by A.G. Karapetov] (in Russian). Moscow: M-Logos, 2017.

Дюдвинский Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права [Dudvinskii F.M. Latin-Russian Dictionary to the Sources of Roman Law] (in Russian). Warsaw: K. Kowalewski's Printing House, 1896.

Дювернуа Н.Л. Пособие к лекциям по гражданскому праву. Вып. 2: Обязательства. Часть общая (Отд. 1) [Duvernois N.L. A Guide to Lectures on Civil Law. Issue 2: Commitments. General Part (Section 1)] (in Russian). St. Petersburg: M.M. Stasiulevich's Printing House, 1899.

Ермошкина М. Задаток и предварительный договор: тест на совместимость [Ermoshkina M. Earnest Money and Preliminary Contract: compatibility test] (in Russian) // ej-Lawyer. 2005. No. 32.

Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук [Ermoshkina M.F. Earnest Money: Concept, Legal Qualification, Certain Types and Scope of Application: Synopsis of a Thesis for a Candidate Degree in Law Sciences] (in Russian). Moscow, 2006.

Ермошкина М.Ф. Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения: дис. ... канд. юрид. наук [Ermoshkina M.F. Earnest Money: Concept, Legal Qualification, Certain Types and Scope of Application: Thesis for a Candidate Degree in Law Sciences] (in Russian). Moscow, 2006.

Журавлева А.А. Задаток: некоторые проблемы, возникающие при заключении договора купли-продажи жилого помещения [Zburavleva A.A. Earnest Money: Some Problems Arising When Concluding a Contract for the Sale of Residential Premises] (in Russian) // Legislation. 2013. No. 10.

Зардов Р.С. Законная неустойка: теоретические и практические аспекты: дис. ... канд. юрид. наук [Zardov R.S. Legal Forfeit: Theoretical and Practical Aspects: Thesis for a Candidate Degree in Law Sciences] (in Russian). Krasnoyarsk, 2019.

Иоффе О.С. Обязательственное право [Ioffe O.S. Obligations Law] (in Russian). Moscow: Iuridicheskaja literatura, 1975.

Исаченко В. О задатке [Isachenko V. About the Earnest Money] (in Russian) // Legal Bulletin. 1881. Vol. VIII. No. 9.

Исаченко В.А., Исаченко В.В. Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. 2. Вып. 1 [Isachenko V.L., Isachenko V.V. Obligations under Contracts. Experience of Practical Commentary on Russian Civil Laws. Vol. 2. Issue 1] (in Russian). St. Petersburg: M. Merkushev's Printing House, 1914.

Кассо Л.А. Запродажа и задаток [Kasso L.A. Sale and Earnest Money] (in Russian). Moscow: Edition of I.K. Golubev under the firm "Pravovedenie", 1904.

Кулаков В.В. Обязательственное право: учебное пособие [Kulakov V.V. Law of Obligations: Study Guide] (in Russian). Moscow: RGUP Publ., 2016.

Куликов Е.С. Соглашение о задатке в гражданском праве России: монография [Kulikov E.S. Deposit Agreement in Civil Law of Russia: Monograph] (in Russian). Moscow: Wolters Kluwer, 2011.

Литвиницкий Л.Х. Предотвращение хозяйственных правонарушений и эффективность производства [Lipnitsky L.Kh. Prevention of Commercial Offenses and Production Efficiency] (in Russian) // Commercial Law and Production Efficiency. Donetsk: Publishing House of the IEL of the Academy of Sciences of the Ukrainian SSR, 1979.

Любавский А. Шестинедельный срок для задаточных расписок [Liubavskii A. Six-Week Period for Assignment Receipts] (in Russian) // Journal of the Ministry of Justice. 1864. No. 9.

Макарова О., Цытрина О., Пугаев Е. Обеспечение задатком предварительного договора [Makarova O., Tsytrina O., Pugaev E. Securing the Preliminary Contract with a Deposit] (in Russian) // Corporate Lawyer. 2014. No. 7.

Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.) [Meier D.I. Russian Civil Law (in 2 parts)] (in Russian). Moscow: Statut, 2003.

Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова [Model Rules of European Private Law / Trans. from English; Ed. by N.Iu. Rasskazova] (in Russian). Moscow: Statut, 2013.

Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции / пер. с франц. Е.А. Флейшиц [Morandière L.J. de la. Civil Law of France / Trans. from French E.A. Fleischutz] (in Russian). Moscow: Foreign Literature Publishing House, 1961.

Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательстве [Novitskii I.B., Luits L.A. General Doctrine of Commitment] (in Russian). Moscow: Gosizurizat, 1950.

Павлов А.А. Обеспечение исполнения обязательств, вытекающих из предварительного договора [Pavlov A.A. Securing the Fulfillment of Obligations Arising from the Preliminary Agreement] (in Russian) // Arbitration Disputes. 2006. No. 2.

Пахман С.В. Обычное гражданское право в России: Собственность, обязательства и средства судебного охранения. Юридические очерки. Т. 1 [Pakhman S.V. Customary Civil Law in Russia: Property, Obligations and Remedies. Legal Sketches. Vol. 1] (in Russian). St. Petersburg: Printing House of the Second Branch of His Imperial Majesty's Own Chancellery, 1877.

Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства [Pobedonostsev K.P. Civil Law Course. Part 3: Contracts and Obligations] (in Russian). Moscow: Statut, 2003.

Райхер В.К. Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину [Raikher V.K. Penalties in the Fight for Contractual Discipline] (in Russian) // Soviet State and Law. 1955. No. 5.

Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции / пер. с англ.; под ред. Н.Г. Вилковой [Ramberg J. International Commercial Transactions / Trans. from English; Ed. by N.G. Vilkova] (in Russian). 4th ed. Moscow: Infotropic Media, 2011.

Ротенберг Л.М. Предметный алфавитный указатель к полному своду решений Гражданского департамента Правительствующего Сената за 1866–1910 гг. Ч. 2 [Rotenberg L.M. Subject Alphabetical Index to the Complete Set of Decisions of the Civil Department of the Governing Senate for 1866–1910. Part 2] (in Russian). Yekaterinoslav: Isaac Kogan's Printing House, 1913.

Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право [Sinaiskii V.I. Russian Civil Law. Issue 2: Obligations, Family and Inheritance Law] (in Russian). Kiev, 1915.

Тихомиров М.Н., Епифанов П.П. Соборное уложение 1649 года [Tikhomirov M.N., Epifanov P.P. Council Code of 1649] (in Russian). Moscow: Moscow University Publishing House, 1961.

Трезубов Е.С. К вопросу о правовой природе обеспечительных обязательств [Trezubov E.S. On the Legal Nature of Security Obligations] (in Russian) // Bulletin of the KemSU. 2015. Vol. 2. No. 2(62).

Тютрюмов И.М. Гражданское право [Tutriumov I.M. Civil Law] (in Russian). Yuriev: K. Matissen's Printing House, 1922.

Черниловский З.М. Лекции по римскому частному праву [Chernilovskii Z.M. Lectures on Roman Private Law] (in Russian). Moscow: Iuridicheskaya literatura, 1991.

Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2012 г.) [Swiss Law of Obligations. Federal Law Amendment to the Swiss Civil Code (Part Five: Law of Obligations): 30 March 1911 (as of 1 March 2012)] (in Russian). Moscow: Infotropic Media, 2012.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2 [Shersbenevich G.F. Textbook of Russian Civil Law. Vol. 2] (in Russian). Moscow: Statut, 2005.

Шилохвост О.Ю. Отступное в гражданском праве России [Shilokhvost O.Yu. Apostasy in the Civil Law of Russia] (in Russian). Moscow: Statut, 1999.

Шимановский М.О. О задаточных расписках по новому закону [Shimanovskii M.O. On Assignment Receipts under the New Law]. Kazan: University Printing House, 1878.

Information about the author

Monastyrsky Yu.E. (Moscow, Russia) – Doctor of Legal Sciences, Professor, Department of Civil Law and Procedure, Law Institute of Sevastopol State University (33 Universitetskaya St., Sevastopol, 299053, Russia; e-mail: monastyrsky@mzs.ru).