**Министерство образования и науки Республики Казахстан**
**Казахский национальный педагогический университет им.Абая**

**Молдабекова Роза Нурлановна**

# Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения

**ДИПЛОМНАЯ РАБОТА**
**специальность 5В030100 – «Юриспруденция»**

**Алматы, 2020**

**Министерство образования и науки Республики Казахстан**
**Казахский национальный педагогический университет им.Абая**
**Институт истории права**

«Допущена к защите»
Зав.кафедрой Юриспруденция
_____Бурибаев Е.А.
«___»_____2020 г.

# ДИПЛОМНАЯ РАБОТА

**На тему: «Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды и сфера применения»**

**по специальности 5В030100 – «Юриспруденция»**

Выполнил:
студентка 2 курса на базе ВО
заочного отделения **Молдабекова Р.Н**

Научный руководитель**:**
Ст. преподаватель **Молдахметова Ж.Е.**

**Алматы, 2020**

## СОДЕРЖАНИЕ

**ВВЕДЕНИЕ**

**1КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К ИНСТИТУТУ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ И ЕГО ОСНОВНЫМ СПОСОБАМ**

1.1Понятие и принципы исполнения обязательств 7

***1***.2. Акцессорные и неакцессорные способы обеспечения исполнения обязательств 16

**2 ПОНЯТИЕ ЗАДАТКА В ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

2.1. Место задатка среди поименованных в ГК РК способов обеспечения исполнения обязательств 24

1.2. Функции задатка

**ЗИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЗАДАТКА ПРИ ОБЕСПЕЧЕНИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ЗАКЛЮЧЕНИЮ ДОГОВОРОВ И ИХ ИСПОЛНЕНИЮ**

3.1 Общие положения об обеспечении «будущих» обязательств 52

3.2. Использование задатка на преддоговорной стадии 61

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ 75**

**СПИСОК ИСТОЧНИКОВ И ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ 77**

## ВВЕДЕНИЕ

**Актуальность темы.** Актуальность выбранной темы обусловлена тем, что обеспечительный потенциал задатка весьма велик, он представляет собой один из старейших способов обеспечения исполнения обязательств. Дипломная работа посвящена исследованию теоретических и практических проблем механизма правового регулирования института обеспечения исполнения обязательств и его основных способов в условиях рыночных отношений в Республике Казахстан. Исходным моментом демократизации общества явилось кардинальное изменение гражданско-правовых начал системы права, созданной в советское время. Мы живем в эпоху растущей глобализации и возрастающей взаимозависимости, когда мощные внешние силы будут неизбежно играть существенную роль в определении нашего будущего. Если мы серьезны в своих намерениях и умны, способны честно проанализировать внутренние и внешние факторы нашего развития, то у нас есть и возможность выбрать правильный путь – на основе нашей общей консолидации, на базе нашей истории и наших специфических условий.

С усложнением и развитием товарного оборота возрастает роль обязательственного права. Все многообразие отношений, возникающих в гражданском обороте, описывают одним термином - «обязательственные правоотношения», которые при всем их внешнем различии обладают некой юридической общностью, позволяющей систематизировать эти отношения, выявляя их характерные признаки. Обязательственные правоотношения в гражданском праве принято именовать обязательствами. Обязательственное право является наиболее крупной подотраслью гражданского законодательства. Содержащиеся в нем правовые нормы регулируют обширный круг общественных отношений связанных с приобретением товаров в собственность, сдачей имущества аренду, удовлетворением потребностей граждан в жилье, сооружением производственных и социально-культурных объектов, перевозкой грузов, пассажиров, оказанием услуг и т.д. Обязательственное право в гражданском праве регламентирует способы обеспечения исполнения обязательств по договору [1, с.116].

Задаток является одним из древнейших способов обеспечения исполнения обязательств. Зародившись предположительно в древней Греции и перекочевав оттуда в римское частное право, задаток был заимствован оттуда различными правопорядками, в которых, в некоторых чертах, позже получил различающееся законодательное регулирование.

В последнее время популярность данного способа обеспечения постоянно растет. Этот институт заново возрождается в современном отечественном правопорядке. Об использовании задатка в предпринимательских правоотношениях свидетельствует увеличение количества дел, рассмотренных в последнее время судами. Однако с сожалением приходиться констатировать, что причиной увеличения

количества дел является, видимо не только все возрастающая популярность данного способа обеспечения исполнения обязательств, но и отчасти проблемы законодательного и доктринального характера, вновь проявившиеся после "возрождения" задатка в отечественном коммерческом обороте.

Однако чрезмерная унификация положений о задатке не позволила учесть особенности различных видов обеспечиваемых обязательств. Современное о законодательство в совокупности с преобладающими доктринальными подходами к задатку, нередко, к сожалению, грешат множеством не нужных, искусственных ограничений, которые превратили задаток в громоздкий, чрезмерно формальный, и как следствие, не очень удобный инструмент.

Подход законодателя к регулированию задатка во многом не учитывает все возможности использования данного способа обеспечения, что отчасти создает неоправданные ограничения для его использования. Однако в современном отечественном коммерческом обороте, несмотря на пробелы в законодательном регулировании, задаток используют по-прежнему, в различных видах. Тем не менее, неоправданное изъятие веками устоявшегося института из сферы правового регулирования, на наш взгляд, не только не способствует стабильности гражданского оборота, но и отчасти тормозит развитие отечественной экономики.

Актуальность темы обусловлена необходимостью обстоятельного анализа, относящихся к способам обеспечения исполнения обязательств нормативно-правовых актов, в том числе, Гражданского кодекса Республики Казахстан, научных и практических материалов для решения совокупности теоретических, методологических и прикладных проблем, обоснования системного правового упорядочения института обеспечения исполнения обязательств.

**Степень разработанности проблемы в научной литературе**

В современной о цивилистической литературе отсутствуют самостоятельные комплексные исследования, посвященные задатку.

Несмотря на довольно древнее происхождение задатка, трудов, посвященных указанному институту, незаслуженно мало. Среди трудов цивилистов в числе наиболее ярких работ по рассматриваемой проблеме необходимо указать статью В. Исаченко «О задатке», а также небольшие по объему разделы, посвященные задатку в трудах Н.Л. Дювернуа, К. Анненкова, и ряда других известных правоведов.

О.С. Иоффе был сформулирован подход определения задатка посредством выделения и анализа его функций: доказательственной, обеспечительной и платежной. Указанный взгляд имеет неоценимые преимущества для использования его в учебных целях, поскольку позволяет наиболее доступным образом уяснить основные характеристики рассматриваемого института. Неудивительно, что он был сразу же и безоговорочно воспринят в отечественной доктрине. В настоящее время

указанный подход по-прежнему является доминирующим и используется не только во всех без исключения современных учебных пособиях и в судебной практике.

Отдельным аспектам обязательственного права, включая основные способы обеспечения исполнения обязательств, посвятили свои работы, доступные широкой аудитории, такие казахстанские ученые, как М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин, А.Г. Диденко, Е.Б. Осипов,Р.А. Маметова,и др.

Исследованы современные публикации практикующих юристов: Ш. Усманова, Д. Стрельниковой, Е. Кириловской, К. Осакве, Д.Касымжановой и др.

В процессе исследования были использованы: общенаучный метод познания, а также историко-правовой, логический, сравнительно-правовой методы исследования, системный подход к анализу объекта исследования.

**Целями дипломной работы являются:** Определение правовой природы, роли и функций задатка в историческом срезе и современном отечественном правопорядке; Определение возможностей совершенствования законодательства и правоприменительной практики в данной области.

**Задачи дипломной работы:**

1. Изучение взаимного влияния различных видов задатка на договор и различных видов договоров на конструкцию задатка.
2. Изучение терминологии, используемой в Гражданском кодексе РК и доктринальных источниках.

**Объектом исследования** являются правовые отношения, складывающиеся в гражданском обороте при использовании задатка в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, а также в качестве отступного.

**Предметом исследования** является изучение правовой природы задатка, а также проблем, связанных с доктринальным пониманием и правовым регулированием задатка: определение правовой природы, назначения и сферы применения задатка; анализ правового регулирования задатка в современном, историческом и сравнительно-правовом аспектах; изучение видов задатка, предусмотренных в законодательстве; рассмотрение особенностей конструкции тех или иных видов задатка.

**Структура.** Структура дипломной работы подчинена общей логике, обусловленной ее актуальностью, целью, задачами, объектом и предметом. По своей структуре дипломная работа состоит из введения, трех разделов, заключения, списка использованных источников.

# 1.КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К ИНСТИТУТУ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ И ЕГО ОСНОВНЫМ СПОСОБАМ

## 1.1 Понятие и принципы исполнения обязательств

Обязательственное право является наиболее крупной подотраслью гражданского законодательства Республики Казахстан.

Содержащиеся в нем правовые нормы регулируют обширный круг общественных отношений связанных с приобретением товаров в собственность, сдачей имущества аренду, удовлетворением потребностей граждан в жилье, сооружением производственных и социально-культурных объектов, перевозкой грузов, пассажиров, оказанием услуг и т.д.

Для юриспруденции понятие «обязательства» является фундаментальным. Однако в различных зарубежных странах по-разному относятся к вопросу об определении обязательств в законе.

В соответствии со статьей 268 ГК Республики Казахстан обязательство можно определить как правоотношение, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.д. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнение его обязанности [2].

В германском гражданском уложении (ГГУ) определение обязательства основывается на римском понятии. Параграф 241 ГГУ гласит: «…в силу обязательства кредитор вправе требовать от должника исполнения обязательства. Исполнение обязательства может также состоять в воздержании от действия».

Во французском гражданском кодексе (ФГК) нет определения понятия обязательства, нет общих принципов, применяемых ко всем обязательства. Франция определяет обязательства в доктринальном понятии как правовую связь, посредством которой одно лицо должно в отношении другого лица – кредитора к предоставлению, действию или воздержанию от действия. Понятие обязательства лишь косвенно выведено из статьи 1101 ФГК, касающейся определения предмета договора, то есть договор есть соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими лицами дать что-либо, сделать что-либо или не делать чего-либо. Термин «обязательство» применяется во Франции в более узком значении: в торговом праве Франции слово obligation означает ценные бумаги, удостоверяющие заем, - облигации, а в нотариальной практике этим термином обозначается нотариальный акт, удостоверяющий заем.

Наиболее распространенной и общепризнанной в странах континентальной Европы является классификация обязательств в зависимости от основания возникновения. Так, обязательства делятся на две группы:

1. Обязательства, возникающие из договора (ст. 1101 ФГК);

2. Обязательства, возникающие без соглашений, к числу которых закон относит обязательства, возникающие из деликта, квазиделикта, квазидоговора[3, с.203].

Из практики главным видом обязательств являются договорные обязательства, а договор – наиболее часто встречающееся основание возникновения обязательства.

Обязательство в РК является видом гражданского правоотношения. Наряду с общими для всех гражданских правоотношений чертами оно обладает специфическими, выделяющими его в отдельный вид. В сравнении с вещным правоотношением (правоотношением по поводу собственности) обнаруживаются следующие важные различия между ними:

1. В обязательственном правоотношении участвуют два или несколько определенных лиц, из которых одни являются управомоченной стороной, другие-обязанной; в вещном же правоотношении управомоченному лицу, например, собственнику противостоит неопределенное число обязанных лиц;

2. Обязанностью в обязательственном правоотношении является, как правило определенное положительное действие, в то время как в вещном правоотношении от других лиц требуется по отношению к управомоченному лишь воздержание от действий, нарушающих его права.

Субъектами обязательств могут быть и граждане, и юридические лица. Но в отличие от других правоотношений управомоченный участник обязательства именуется кредитором, а обязанный - должником. Чаще всего в обязательстве участвуют один должник и один кредитор.

В некоторых обязательствах один из их участников становится только кредитором, а другой - только должником. Например, в обязательстве по возмещению вреда функцию кредитора выполняет потерпевший, а функцию должника-лицо, причинившее вред.

Согласно мнению известного ученого цивилиста О.С. Иоффе, в подавляющем большинстве обязательственных правоотношений каждый из их участников выступает одновременно и в качестве кредитора, и в качестве должника [4, с.69]. Например, обязательства, возникающие из договоров купле-продажи, имущественного найма, подряда и т.п. В таких обязательствах важно установить, в отношении какого именно объекта данное лицо следует считать кредитором или должником. Это необходимо, потому что в законе содержится ряд правил, относящихся к должникам либо распространяющиеся на кредиторов, и, чтобы не ошибиться, при их применении нужно предварительно выяснить, в каком качестве относительно рассматриваемого объекта участник обязательства выступает. Например, ст. 365 ГК определяет последствия просрочки должника, а ст.366 предусматривает уже последствия просрочки кредитора. В таком договоре, как поставка, каждая из приведенных норм может применена и к поставщику, и к покупателю в зависимости от того, кто из них и в отношении какого именно объекта допустил просрочку.

Юридическим объектом обязательства, как и всякого иного гражданского правоотношения, признается определенное поведение обязанного лица.

Но в отличии от многих других правоотношений на первый план здесь выступают положительные действия, а негативное поведение (воздержание от совершения каких-либо действий) может явиться лишь дополнением или следствием выполняемой должником активной функции. Кроме того, если оба участника обязательства выступают в качестве кредиторов и должников одновременно, налицо два юридических объекта-действия каждого участника, совершаемых им при выполнении функции должника.

Что касается материального объекта, то в ряде обязательств он вообще отсутствует. Его нет, например, в некоторых договорных обязательствах по выполнению работ и оказанию услуг. Иногда при наличии двух юридических объектов, в обязательстве имеется только один материальный объект. Так, единственный материальный объект безвозмездного договора хранения воплощается в имуществе, сданном на хранение, но клиент имеет право на сохранение имущества хранителем, а последний - на своевременное получения имущества клиентом. Помимо этого, встречаются обязательства, в которых двум юридическим объектам соответствует такое же количество материальных объектов. Так, в договоре купли-продажи действия продавца по передаче имущества и действия покупателя по уплате денег будут юридическим, а самое имущество и уплачиваемые деньги - материальным объектом правоотношения.

Юридическое содержание обязательства образуют правомочия и обязанности его субъектов. Но в отличии от других правоотношений, правомочие здесь облекается в форму права требования, а обязанность - в форму долга.

Действия могут быть однократными и многократными. Примером многократного действия являются обязанность поставлять продукцию покупателю в течении года, ежемесячно к определенному сроку.

Исполнение действия может последовать сразу же за возникновением обязательства или по истечении определенного времени.

Так, исходя из юридического содержания, обязательства всеми иностранными правовыми системами подразделяются на делимые и неделимые. Практическое значение данной классификации заключается в том, что в зависимости от квалификации обязательства как делимого и неделимого решается вопрос о возможности его исполнения по частям. Критерии для классификации обязательств по признаку делимости и неделимости установлены законодательством или судебной практикой. В гражданском законодательстве РК пока не проводится такой классификации обязательств.

Согласно Гражданскому кодексу Франции (ГКФ) «обязательство является делимым и неделимым в зависимости от того, имеет ли оно своим предметом вещь, которая при ее предоставлении, или действие, которое при его выполнении, могут быть поделены материально или идеально. Обязательство является неделимым, хотя бы вещи ил действие, составляющие его предмет,

являлись делимыми в натуре, если рассматриваются в обязательстве с такой точки зрения, что они не допускают частичного исполнения». Это не означает, что должник имеет право производить исполнение по частям. Делимость обязательства имеет применение только в случаях наследования в правах кредитора по обязательству или в обязанностях должника.

Неделимым обязательство может быть как в силу свойств объекта обязательства, так и в других случаях, если неделимость установлена в сделке, создающей обязательство, или вытекает из обстоятельств, сопровождающих его возникновение. Сама по себе материальная неделимость предмета не влечет за собой признания обязательства неделимым, так как в этих случаях предполагается возможность разделения обязательства на «идеальные части». Неделимыми обязательствами, ввиду особых свойств объекта обязательства, признаются, например, обязательства по изготовлению заказной вещи; обязательства, объект которых составляет установление сервитутов; обязательства, заключающиеся в воздержании от совершения какого-либо действия.

Основания возникновения обязательства — это юридические факты, то есть обстоятельства, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение правовых отношений. Юридические факты делятся на действия (совершающиеся осознанно и по воле человека) и события (происходящие помимо воли людей, например, рождение ребенка, природное явление). Эти факты или известные их совокупности и именуются основаниями возникновения обязательств.

Обязательство устанавливается для того, чтобы оно было исполнено. Обязательство прекращается, в первую очередь, исполнением (применительно к денежным обязательствам употребляется также термин «платеж»).

В эпоху господства формализма в римском праве одного исполнения обязательства было недостаточно для его прекращения: проводился принцип, что обязательство погашается актом, противоположным тому, с помощью которого оно установлено (conturariusactus); например, обязательство, установленное путем обряда peraesetlibram (с помощью меди и весов), погашалось таким же образом, но в обратном порядке, с произнесением противоположных формул. В классическую эпоху требование «обратного акта» уже отпало [5, с.91].

В современном гражданском праве исполнение обязательства – есть совершение должником того действия (или воздержания от действия), которого вправе требовать от него кредитор. Конкретный характер этого действия зависит от вида обязательства, исполнение которого производится (передача товаров, производство работ, оказание услуг, возмещение убытков и др.). Воздержание от действия не является характерным для обязательств, исполнение которых почти всегда носит характер активного поведения.

В соответствии со статьей 273 ГК Республики Казахстан: «односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не

допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законодательством или договором» [2].

Принципами исполнения обязательств являются закрепленные в законе основополагающие начала, в соответствии с которыми строится правовое регулирование реализации субъективных прав и обязанностей в данных правоотношениях. Ввиду того что сфера их действия распространяется только на обязательства, они являются принципами подотрасли обязательственного права.

В литературе традиционно выделяют такие принципы как реальное, надлежащее исполнение обязательств, принцип стабильности обязательств, принцип взаимного содействия [6, с.103].

В цивилистической теории ведутся споры о соотношении принципов реального и надлежащего исполнения. Одни авторы настаивают на их самостоятельном значении, отмечая, что надлежащее исполнение отражает сущность действия, а реальное исполнение - качественную характеристику действия[7, с.207]. Другие провозглашают надлежащее исполнение частью реального[8, с.69 ]. Третьи, наоборот, рассматривают исполнение в натуре как частный случай, одно из проявлений надлежащего исполнения[9, с.57].

*Принцип реального исполнения.* Ряд ученых полагает, что реальное исполнение (исполнение в натуре) не является самостоятельным принципом обязательственного права, а составляет лишь одно из частных требований, условие, аспект надлежащего исполнения обязательства в отношении его предмета [7, с.71]. Данный принцип исходит из общего правила об исполнении обязательства в том виде, в каком последнее определено нормативно-правовыми актами, договорами и иными указанными в законе основаниями. Изложенная точка зрения представляется наиболее убедительной. До тех пор, пока обязательство не нарушено ни одной из сторон, оно должно исполняться в точном соответствии со всеми элементами, образующими в своей совокупности его содержание (по предмету, сроку, способу и т.п.) В этом случае, следовательно, реальное означает вместе с тем и надлежащее исполнение. Принцип реального исполнения выступает на данной стадии как двусторонне обязательный: не только должник обязан надлежаще исполнить свои обязательства, но и кредитор не вправе уклониться от принятия производимого должником надлежащего исполнения. Односторонний отказ от обязательства и одностороннее изменение его условий не допускается. Принцип реального исполнения не только провозглашается, но и обеспечивается казахстанским законодательством. Прямое обеспечение предусмотрено статьями 354-356 ГК РК и рассчитано лишь на обязательства по передаче индивидуально определенной вещи или по выполнению определенной работы. Индивидуально определенная вещь, от передачи которой должник уклоняется, может быть отобрана у него кредитором в принудительном порядке, а неисполненную работу кредитор вправе за счет должника поручить другому лицу. Но при этом правила, касающиеся обоих случаев, подвергаются в тех же нормах некоторым ограничениям. Принцип

реального исполнения сформулирован в ст.354 ГК Республики Казахстан и заключается в необходимости исполнить обязательство в натуре (т.е. совершить то самое действие, которое является предметом обязательства), независимо от возмещения убытков [10]. В случае ненадлежащего исполнения обязательства уплата неустойки и возмещение убытков не освобождает должника от исполнения обязательства, то есть действует принцип реального исполнения. Однако, в случае неисполнения обязательства возмещение убытков и уплата неустойки освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, то есть применяется обратный принцип.

*Принцип надлежащего исполнения*. Гражданский Кодекс Республики Казахстан выделяет понятие надлежащего исполнения обязательств (Ст.272 ГК РК), согласно которому обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями [11, с.314]. В статье закреплен принцип надлежащего исполнения, то есть, исполнение надлежащим должником, надлежащему кредитору, в надлежащий срок, в надлежащем месте, в отношении надлежащего предмета и надлежащим способом.

Действие принципа надлежащего исполнения состоит в обращенных к обеим сторонам требованиях двоякого рода.

Во-первых, в законодательной установке (ст. 272 ГК РК) исполнять обязательство, руководствуясь условиями, определенными в его содержании, требованиями, предусмотренными законодательством, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или обычно предъявляемыми требованиями.

Во-вторых, в необходимости исполнять обязательство с соблюдением всех особенностей порядка исполнения относительно предмета, способа срока, места и субъектов исполнения.

Обязательство может считаться исполненным надлежащим образом, когда выполнены все условия и требования, относящиеся к предмету исполнения, субъектам, месту, сроку и способу исполнения.

С внедрением рыночных отношений подавляющее большинство требований к надлежащему исполнению определяется самими сторонами в договоре.

Законодательство может устанавливать требования надлежащего исполнения императивно, то есть однозначно, категорично, не допуская иных вариантов (как, например, требования качества, комплектности при поставке продукции). Стороны не имеют права изменять эти требования. Но в законодательстве требование может быть выражено диспозитивно с разрешением сторонам устанавливать иное правило (например, способы отгрузки продукции по договору поставки). В этом случае требования законодательства применяются, если стороны не предусмотрели в договоре иные условия.

Надлежащее исполнение во всех случаях прекращает обязательство и освобождает должника от исполнения обязанностей. Ненадлежащее исполнение дает кредитору основание требовать реального исполнения обязательства (п.1 ст.354 ГК Республики Казахстан) и применения мер гражданско-правовой ответственности.

В дополнение к обозначенным исходным началам в цивилистической литературе упоминаются и другие базовые правила исполнения. Например, стабильность[12,с.158],экономичность[13,с.81],разумность и добросовестность[14, с.294].

*Принцип стабильности обязательств.* Действие этого принципа, нашедшего отражение в ст. 273 ГК РК, состоит в том, что, по общему правилу, во-первых, недопустим односторонний отказ от исполнения обязательства. Во-вторых, в теории стабильность обязательств выражает постоянство их содержания, а именно - недопустимость его одностороннего изменения, вне зависимости от того, установлены ли права и обязанности сторон законом, соглашением сторон либо односторонним правомерным действием одной из них. Но, в данной статье указано, что односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законодательством или договором, то есть стороны имеют право установить определенные правила касательно данного условия самостоятельно в заключаемом договоре.

*Принцип взаимного содействия*. Любое обязательство предполагает определенное сотрудничество между его субъектами.

Такое сотрудничество особенно очевидно в отношениях по взаимным обязательствам, каждый участник которых является кредитором и должником одновременно. Но наряду с обязанностями, лежащими на должнике, существуют и так называемые кредиторские обязанности. Например, по договору подряда заказчик обязан осмотреть вещь во время приемки для выявления возможных ее недостатков. Нельзя думать, что эту обязанность он несет как должник перед подрядчиком, ибо подрядчик не вправе требовать ее исполнения. Но если бы заказчик ее не выполнил, он был бы лишен права предъявлять к подрядчику какие-либо требования относительно недостатков, которые могут быть обнаружены путем внешнего осмотра вещи (явные недостатки). Кредиторские обязанности тем и отличаются, что составляют одну из предпосылок, необходимых для надлежащего исполнения соответствующих обязанностей должником и последующего осуществления определенных прав кредитором. При этом они входят в состав самого обязательства в качестве одного из элементов отношения кредитора с должником, а не с какими-либо иными лицами. Но сотрудничество сторон, обусловленное взаимностью обязательства и кредиторскими обязанностями, не нуждается в подкреплении каким-либо общим принципом, ибо он предопределено в содержании самого обязательственного правоотношения [15, с.65].

Таким образом, правовые последствия принципа взаимного содействия состоят в том, что а) стороны вправе рассчитывать на такую взаимопомощь, которая не вытекает из их конкретных обязанностей, но становится в силу сложившихся обстоятельств необходимой для одной стороны и может быть ей оказана другой стороной без ущерба для себя; б) сторона, нарушившая это требование, лишается права на применение к другой стороне санкций за такую неисправность, которая могла быть предотвращена оказанием необходимой помощи.

Осуществление права по обязательству зависит не только от воли субъекта права, но и от воли должника. Из обязательства возникает право на чужое действие, то есть обязательство дает право требовать, но не принуждает по общему правилу, к исполнению действия, обеспеченного должником. Единственным исключением из этого правила является возможность принуждения к исполнению обязательства в натуре в отношении индивидуально-определенных вещей, вытекающая из способов защиты права собственности и иных вещных прав.

По общему правилу совершение действия по обязательству зависит от воли обязанного лица, что придает исполнению по обязательственным отношениям определенную степень риска. В тоже время кредитор по обязательственному отношению имеет право на возмещение убытков, возникших в связи с неисполнением обязательства должником. Исполнение любого обязательства, по общему правилу, обеспечивается правом кредитора требовать его исполнения в принудительном порядке в предусмотренных законом случаях или возмещения убытков, вызванных нарушением обязательства, за счет всего имущества должника.

В случаях, предусмотренных законодательством или договором дополнительно к общим мерам обеспечения исполнения обязательства (в виде ответственности должника по возмещению убытков за неисполнение обязательства за счет всего своего имущества) используются особые средства, содействующие исполнению обязательства. Именно эти средства и называются в гражданском праве способами обеспечения исполнения обязательства.

В гражданском праве под способами обеспечения исполнения обязательства понимаются предусмотренные законодательством или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательств должником и облегчающие защиту интересов кредиторов [11, с. 125]. К ним относятся неустойка, залог, гарантия, поручительство и задаток. Перечисленные способы обеспечения исполнения обязательств содействуют их исполнению различным образом, но все они имеют то общее, что дает кредитору дополнительную возможность достичь цели получения им следуемого обязательству. Любой из установленных способов обеспечения приводит к тому, что кроме главного, обеспечиваемого обязательства, возникает новое обязательство. Одни из них возникают между кредитором и должником, другие-между кредитором по главному

обязательству и третьим лицом. Но во всех случаях они являются дополнительным к главному обязательству, то есть носят акцессорный характер.

Дополнительный характер способов обеспечения исполнения обязательств к основному обязательству проявляется в ряде моментов.

Во-первых, обеспечиваться может лишь действительное обязательственное требование, то есть требование, возникающее на законном основании.

Во-вторых, обеспечительное обязательство следует судьбе основного обязательства при уступке права требования и в большинстве случаев при переводе долга по этому основному обязательству.

В-третьих, прекращение основного обязательства, независимо от оснований прекращения, как правило, влечет прекращение обеспечительного обязательства. В-четвертых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, причем данная норма императивна и не предусматривает возможность иных договорных последствий.

Под нарушением обязательства в гражданском праве Республики Казахстан понимается его неисполнение либо исполнение ненадлежащим образом (несвоевременное, с недостатками товаров и работ, с нарушением других условий, определенных содержанием обязательства) - ненадлежащее исполнение. В то же время как Гражданский кодекс разрешает взыскание только при неисполнении обязательства по вине плательщика.

Условно, выделяются такие понятия как «неисполнение обязательства», «исполнение ненадлежащим образом» и «невозможность исполнения договора», когда под неисполнением подразумевается невыполнение обязательства по иным причинам чем, обстоятельства непреодолимой силы, и за неисполнение договора сторона всегда несет ответственность, тогда как невозможность исполнения, вызванная форс-мажором, освобождает сторону от ответственности. Под ненадлежащим исполнением обязательства понимается, прежде всего, некачественное либо недостаточное исполнение.

В гражданском праве Германии идет четкое разделение видов нарушений, возникающих при исполнении обязательств, которые можно условно разделить на две группы: со стороны должника отсутствует исполнение; исполнение производится ненадлежащим образом [16, с.49]. В зависимости от того, к какой из названных групп относится то или иное нарушение, наступают различные юридические последствия. Вслед за этим необходимо определить, имеет ли место нарушение двустороннего договора, в соответствии с которым исполнение производится только в целях получения встречного исполнения, либо это нарушение односторонней сделки. Поскольку такие односторонние сделки как дарение, безвозмездная ссуда, играют на практике второстепенную роль, рассмотрим двусторонние договоры, такие как купли-продажи, подряда, аренды и т.д.

Неисполнение обязательства должником требует уточнения причин:

- исполнение не производится вследствие его невозможности;
- исполнение не производится по иным причинам.

В обоих случаях перед кредитором встает вопрос: во-первых, о выборе возможных действий, направленных на обеспечение его интересов договору; во-вторых, о встречном исполнении.

### *1.2. Акцессорные и неакцессорные способы обеспечения исполнения обязательств*

В гражданском праве под способами обеспечения исполнения обязательства понимаются предусмотренные законодательством или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательств должником и облегчающие защиту интересов кредиторов [17,с.125].По общему правилу, способы обеспечения исполнения обязательства являются дополнительными (акцессорными) по отношению к обеспечиваемому обязательству, то есть зависят от его действительности и законной силы. К ним относятся неустойка, залог, гарантия, поручительство и задаток. Перечисленные способы обеспечения исполнения обязательств содействуют их исполнению различным образом, но все они имеют то общее, что дает кредитору дополнительную возможность достичь цель получения им следуемого обязательству. Любой из установленных способов обеспечения приводит к тому, что кроме главного, обеспечиваемого обязательства, возникает новое обязательство. Одни из них возникают между кредитором и должником, другие-между кредитором по главному обязательству и третьим лицом. Но во всех случаях они являются дополнительным к главному обязательству, то есть носят акцессорный характер.

Дополнительный характер способов обеспечения исполнения обязательств к основному обязательству проявляется в ряде моментов[18, с.85].

Во-первых, обеспечиваться может лишь действительное обязательственное требование, то есть требование, возникающее на законном основании.

Во-вторых, обеспечительное обязательство следует судьбе основного обязательства при уступке права требования и в большинстве случаев при переводе долга по этому основному обязательству.

В-третьих, прекращение основного обязательства, независимо от оснований прекращения, как правило, влечет прекращение обеспечительного обязательства.

В-четвертых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, причем данная норма императивна и не предусматривает возможность иных договорных последствий.

Таким образом, способы обеспечения исполнения обязательств подразделяются на акцессорные (дополнительные) и неакцессорные. Задаток, поручительство, залог и удержание являются акцессорными способами.

Соглашение об установлении какого-либо из перечисленных способов обеспечения исполнения обязательств порождает принадлежностное, акцессорное (obligationesaccessoriae) обязательство, призванное обеспечить исполнение главного, основного (obligationesprincipales) обязательства. Акцессорные обязательства, обеспечивающие исполнение основного обязательства, могут возникать также непосредственно из предписаний закона при наступлении определенных юридических фактов. Так, право залога в силу закона возникает при наличии условий, предусмотренных ст. 337 ГК, а право удержания возникает у кредитора при наличии предусмотренных п. 1 ст. 359 ГК юридических фактов при условии, что в договоре, породившем обеспечиваемое обязательство, нет оговорки о невозможности применения кредитором права удержания (ст. 338-1) [19, с159].

Следствиями акцессорного характера обязательства, обеспечивающего исполнение основного, являются следующие правила. Во-первых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (п. 3 ст. 292 ГК). Во-вторых, недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности самого этого обязательства (основного обязательства). В-третьих, при переходе права требования от первоначального кредитора к новому кредитору к последнему переходят права, обеспечивающие исполнение основного обязательства (переданного права требования).

Неустойка как санкция в обязательстве во всех случаях является элементом самого обеспечиваемого обязательства. Поэтому недействительность самого обязательства всегда означает недействительность права на неустойку, обеспечивающую его исполнение. Но недействительность соглашения о неустойке не может повлечь недействительность обеспечиваемого обязательства, ибо недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной части.

Также можно рассмотреть задаток, который является акцессорным, то есть дополнительным к основному обязательству. Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне и в обеспечение заключения и исполнения договора либо исполнения иного обязательства. Так, в статье 338 ГК РК сказано, что при прекращении обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения, наступившей без их вины, задаток должен быть возвращен. Следовательно, обязательство по задатку полностью зависит от основного обеспечиваемого обязательства по договору. Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть заключено в письменной форме. Это правило

применяется и в том случае, когда основное обязательство должно быть нотариально удостоверено. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о задатке. Но недействительность соглашения о задатке ни в коем случае не влечет за собой недействительности основного обязательства, обеспеченного задатком. Условие о задатке не устраняет права взыскивать причиненные неисполнением обязательства убытки в той их части, в какой они не покрываются суммой задатка. Однако соглашением сторон может быть установлено иное. В частности, они вправе договориться об ограничении ответственности суммой задатка без права на дополнительную компенсацию не возмещенных этой суммой убытков. Такой задаток принято называть отступным, ибо по сути дела он представляет собой цену, уплатив которую, от обязательства можно отступиться. Однако превращение задатка в отступное ослабляет его обеспечительное действие, вводя ответственность неисправного контрагента в сравнительно узкие границы, не всегда достигающие размера фактических убытков. Да и самое стремление сторон определить заранее такие границы свидетельствует о том, что они не уверенны в желательности исполнения установленного обязательства. Следовательно, можно сделать вывод, что видовые характеристики некоторых способов обеспечения можно изменить соглашением сторон.

В теории права выделяются неакцессорные (независимые) способы обеспечения, к которым относится банковская гарантия, применяемая в других странах СНГ, в частности, в ГК РФ (ст.ст. 368-379), ГК Республики Узбекистан (ст.ст. 299-310), ГК Республики Армения (ст.ст. 383-394), ГК Республики Таджикистан (ст.ст. 397-410) и других. В этих ГК есть статья, закрепляющая независимость банковской гарантии от основного обязательства. Поэтому даже в случае прекращения основного обязательства обязательство гаранта перед бенефициаром сохранится. В ГК РК в результате усилий Национального банка РК Глава о банковской гарантии, которая была в проекте ГК, не была включена. Поэтому независимых способов обеспечения в РК практически не существует. К неакцессорным способам обеспечения исполнения обязательств относится банковская гарантия, так как предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство (ст. 329 ГК).

Обязательства, обеспечивающие исполнение основных обязательств, но не носящие характер акцессорных, являются просто взаимосвязанными с основными.

При простой (без признаков акцессорности) взаимосвязанности основного и обеспечительного обязательства возможно сохранение действительности обеспечительного обязательства при признании недействительности основного. Например, обязательство гаранта перед бенефициаром сохраняется даже в случае недействительности основного обязательства (п. 2 ст. 376 ГК).

Банковская гарантия является новым для Республики Казахстан способом обеспечения исполнения обязательств, единственным неакцессорным способом обеспечения исполнения обязательств, поэтому рассмотрим его немного подробнее. В силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК). В ГК РК использованы при наименовании сторон известные в международной практике термины, заимствованные из римского права: бенефициар – лицо, в пользу которого совершается платеж, выставляется аккредитив, или получатель по страховому полису; принципал – основной, главный должник в обязательстве.

ГК РК воспринял наиболее удобную в практическом отношении форму банковской гарантии – гарантию по первому требованию, по которой гарант производит платеж против простого требования бенефициара без представления судебного решения, вынесенного против принципала или иного доказательства ненадлежащего исполнения принципалом своих договорных обязательств. Гарант вправе отказать в удовлетворении его требований, если они не соответствуют условиям гарантии или пропущен срок гарантии. Об отказе удовлетворить требование кредитора гарант должен немедленно сообщить кредитору.

Банковская гарантия принципиально отличается от использовавшейся ранее гарантии, которая предоставлялась при кредитовании К реализации обеспечительных обязательств кредитор вправе приступить, по общему правилу, в случае неисполнения обязательства должником. Банковская гарантия, если в ней не содержится иных оговорок, вступает в силу со дня ее выдачи, то есть с момента подписания гарантийного письма. Если бенефициар представляет гаранту в письменной форме требование с указанием, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия, гарант обязан удовлетворить требование бенефициара.

Банковская гарантия должна быть совершена в форме письменного обязательства уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. Гарантийное письмо является свидетельством заключения договора банковской гарантии и подтверждением всех условий ответственности гаранта перед кредитором должника.

Банковская гарантия может выдаваться банком либо непосредственно в пользу контрагента принципала (прямая гарантия), либо в пользу банка, обслуживающего контрагента (гарантия через посредство банка).

В зависимости от цели и характера обеспечиваемых обязательств банковские гарантии подразделяются на: гарантии твердого предложения

товара; гарантии платежа; гарантии поставки; гарантии предоставления (займа, товара); гарантии возврата авансовых платежей; налоговые, таможенные, судебные гарантии.

Банковская гарантия должна содержать перечень документов, которые бенефициар должен представить гаранту при предъявлении требования об оплате подтвержденной гарантией суммы. Требование бенефициара об оплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме.

Несоответствие приложенных к требованию бенефициара документов условиям банковской гарантии является основанием для отказа в удовлетворении требования бенефициара.

За представление гарантии банк взимает вознаграждение, устанавливаемое в процентном соотношении к сумме гарантии либо в твердой сумме.

Банковская гарантия прекращает свое действие: – фактом уплаты бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;

– окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана;

– вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту;

– вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Возвращение бенефициаром гаранту оригинала гарантийного письма является подтверждением того, что никакой претензии по ней не будет предъявлено, что также означает по существу прекращение обязательства по банковской гарантии.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии любым из указанных способов, должен немедленно уведомить об этом принципала.

**Иные способы обеспечения исполнения обязательств.** Помимо акцессорных и неакцессорных видов, способы обеспечения исполнения обязательств также подразделяются на общие и специальные. Специальные способы неотделимы от конкретных отношений, для которых они законом сконструированы, а потому могут быть рассмотрены только в связи с этими отношениями.

Общие способы закреплены в главе 18 ГК, которая к ним относит неустойку, залог, гарантию и поручительство, удержание, задаток и гарантийный взнос. Они изучаются в общей части обязательственного права и с учетом свойственных им различных признаков могут быть подвергнуты определенной классификации.

О.С. Иоффе в своем труде «Обязательственное право» приводит классификацию общих способов обеспечения обязательств. По юридической конструкции эти способы подразделяются на связанные и не связанные с предварительным выделением имущества для возможной принудительной реализации обязанности нарушителя. К первым относится залог, задаток и гарантийный взнос, ко вторым – неустойка, гарантия, поручительство.

Практическая значимость этой классификации состоит в том, что она выделяет неодинаковую эффективность различных обеспечительных средств. Очевидно, что за счет заранее выделенного имущества обеспечить принудительное исполнение проще и легче, чем когда такое выделение заранее не производится [15, с.157].

По правовой природе те же способы подразделяются на являющиеся и не являющиеся мерами юридической ответственности. К первым относятся неустойка и задаток, ко вторым – залог, поручительство и гарантия. При неустойке и задатке нарушитель терпит определенные имущественные лишения. Поэтому относительно неустойки в ГК прямо сказано, что ее взыскание, как и взыскание возмещения убытков, допустимо только с виновного нарушителя, а независимо от вины – лишь при наличии о том соответствующих указаний в законе или договоре. Для задатка подобной прямой оговорки ГК не содержит, но так как в посвященной задатку ст.338 ГК говорится о стороне, «ответственной» за нарушение договора, то вина нарушителя должна иметь здесь такое же значение, как и для неустойки. Напротив, за счет заложенного либо за счет поручителя или гаранта неустойки или возмещения убытков возможно лишь при виновности лица, обязательство которого обеспечено залогом, поручительством и гарантией [17, с.90].

По сфере действия различаются обеспечительные средства, которые могут быть применены в отношении между любыми субъектами (неустойка, залог, поручительство), в обязательствах только с участием граждан (задаток) и в обязательствах только между юридическими лицами (гарантия)[20, с.63]. Здесь намечены чисто юридические границы использования отдельных обеспечительных средств с учетом субъектного состава обязательств отдельных видов. Но, как будет показано в дальнейшем, эти границы оказываются иногда еще более узкими, если учесть некоторые специальные правила, а особенно если ориентироваться на реальную практику использования отдельных способов обеспечения исполнения обязательств[15, с.159].

Законодатель в качестве специальных правовых способов обеспечения исполнения обязательств рассматривает и иные способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренные законом либо договором. К предусмотренным законом, но не указанным в перечне п. 1 ст. 329 ГК способам обеспечения исполнения обязательств необходимо отнести меры оперативного воздействия. Категория мер оперативного воздействия является результатом научной классификации правоохранительных мер, закрепленных в законодательстве. Но именно потому, что меры оперативного воздействия - это реально закрепленные в действующем законодательстве правовые конструкции, обладающие только им присущими признаками, их можно отнести к иным предусмотренным законом способам обеспечения исполнения обязательств.

Возможность применения кредитором мер оперативного воздействия в качестве способов обеспечения исполнения обязательств вытекает из закона,

но может быть установлена сторонами в соглашении, определяющем содержание обеспечиваемого обязательства. Как и неустойка, любая мера оперативного воздействия, за исключением права удержания, используемого в предпринимательских целях, является элементом самого обеспечиваемого обязательства.

Законодательство ряда стран допускает такой способ обеспечения исполнения обязательств, как гарантийная передача права собственности, при которой право собственности на определенные вещи временно передается кредитору в обеспечение погашения долга, а при надлежащем исполнении обязательства по возврату долга право собственности на вещи возвращается должнику. В странах общей системы права в качестве способа обеспечения исполнения обязательства допускается резервирование титула собственности. Так, в ст. 2-401 Единообразного торгового кодекса США указано, что всякое резервирование или удержание продавцом титула (собственности) на товары, отгруженные или поставленные покупателю, рассматривается по своему действию как сохранение обеспечительного интереса. Подобные способы обеспечения не вписываются в действующее российское гражданское законодательство [17, с.56].

Весьма часто в договорной практике в качестве средства обеспечения исполнения обязательств используется так называемый договор репо - сделка купли-продажи ценных бумаг, содержащая обязательство продавца выкупить их обратно в определенный срок по заранее зафиксированной цене. В договоре репо продажная и выкупная цены согласовываются с учетом того, что продажная цена фактически является суммой кредита, предоставляемого покупателем в виде оплаты бумаг, а выкупная цена равна сумме кредита и процентов за пользование им. В договоре также оговариваются права сторон при падении рыночной стоимости проданных бумаг, при отказе продавца от обратного выкупа и т.п. В результате совершения таких сделок кредитор получает обеспечение в виде права собственности на ценные бумаги. Сами по себе описанные сделки можно отнести к сделкам, не предусмотренным законом, но не противоречащим им.

Сделки репо позволяют одновременно выдать кредит и получить обеспечение в его покрытие. Поэтому эти сделки нельзя использовать в качестве средства обеспечения самостоятельного кредитного договора, когда в результате у должника помимо обязательства по возврату кредита возникает и обязательство обратного выкупа. В таких случаях сделка репо приобретает притворный характер и прикрывает сделку залога.

К установленным договором способам обеспечения исполнения обязательств согласно п. 1 ст. 329 ГК можно отнести сделки, совершенные под отлагательным условием. Так, в целях обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору заемщик продает кредитору под отлагательным условием определенное имущество. При этом стороны ставят возникновение права собственности покупателя-кредитора в зависимость от наличия факта неисполнения заемщиком-продавцом своих обязательств по кредитному

договору, а в качестве оплаты покупной цены при наступлении указанного отлагательного условия рассматривают сумму невозвращенного долга. В качестве правового способа обеспечения исполнения обязательств весьма распространены заключаемые под отлагательным условием договоры цессии, аренды, доверительного управления имуществом.

Широкое распространение в договорной практике субъектов гражданского права получило использование разнообразных конструкций предварительного договора в качестве средства обеспечения исполнения обязательств. Причем речь идет о предварительных договорах купли-продажи, цессии, залога, аренды, доверительного управления и т.п., заключенных как под условием, так и без такового.

Потребности современного экономического оборота, несомненно, выработают способы обеспечения исполнения обязательств, неизвестные сегодня. Это может стать результатом адаптации к условиям казахстанского законодательства моделей обеспечительных средств, апробированных в практике зарубежных стран, или результатом поиска российским законодателем новых правовых моделей способов обеспечения исполнения обязательств. Но во всех случаях это будут правовые средства, предоставляющие кредитору дополнительный кредит - личный или реальный.

Обеспечительный характер всех способов обеспечения исполнения обязательств и их взаимосвязь с основным обязательством означают, что соглашения об их установлении должны иметь место до факта неисполнения (ненадлежащего исполнения) основного обязательства. В противном случае они либо трансформируются в сделки об отступном, о новации обязательства, о возложении исполнения на третье лицо, либо приобретают характер притворных сделок со всеми вытекающими последствиями. Например, договор залога, заключенный после факта неисполнения основного обязательства, будет являться ничем иным, как отступным, а договор поручительства, заключенный после факта неисполнения основного обязательства, - возложением исполнения данного обязательства на третье лицо.

## 2. ПОНЯТИЕ ЗАДАТКА В ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

### 2.1. Место задатка среди поименованных в ГК РК способов обеспечения исполнения обязательств

В литературе можно встретить огромное количество классификаций способов обеспечения исполнения обязательств, проведенных по различным критериям. Их использование позволит рассмотреть задаток под различными углами зрения.

По действующему законодательству задаток является средством двустороннего обеспечения обязательств, поэтому в некоторых случаях, для того, чтобы детально рассмотреть правовую природу задатка, его придется условно разложить на две составляющие: задаток, выдаваемый задаткодателем при заключении договора, и задаток, возвращаемый задаткополучателем задаткодателю при неисполнении договора в двойном размере.

Задаток, выдаваемый задаткодателем задаткополучателю, можно отнести к так называемым вещным (реальным) способам обеспечения обязательств, при которых источником покрытия возможных убытков является определенное имущество (по действующему ГК РК - деньги). При обеспечении посредством выдачи задатка одна из сторон, которая должна платить, передает своему контрагенту заранее определенную денежную сумму, которая, в случае нарушения плательщиком своего обязательства, остается у кредитора, либо в счет компенсации понесенных убытков, либо если их нет, в качестве штрафа. Вещные (реальные) способы обеспечения исполнения обязательств традиционно относят к наиболее надежным.

Двойной размер задатка, возвращаемого задаткополучателем задаткодателю в случае нарушения им обязательства, является обеспечением за счет средств самого должника, что сближает его с неустойкой. Источником погашения возможных убытков являются средства самого должника, что делает менее обеспеченным исполнение обязательства задаткополучателем. Указанное обстоятельство небезосновательно позволяет ставить под сомнение причисление задатка наряду с неустойкой к способам обеспечения исполнения обязательств, поскольку, если задаткополучатель - должник может не исполнять основное обязательство, то он с такой же легкостью может не исполнять и дополнительное обязательство. По меткому выражению С.В. Сарбаша, этот способ подобен неустойке, которая, по сути, представляет собой, не столько способ обеспечения исполнения обязательств, сколько всего лишь "надежду" на то, что под угрозой невыгод должник исполнит обязательство[21,с.130].

Таким образом, если сопоставлять источники, из которых будет производиться возмещение, то следует сделать вывод, что степени защищенности задаткодателя и задаткополучателя существенно различаются.

В то же время, именно от источника возмещения, как показывает практика, зависит надежность того или иного способа обеспечения исполнения обязательств.

Немаловажен вопрос о том, относится ли задаток к мерам ответственности, или не относится к таковым. Этот вопрос нередко является предметом исследования при рассмотрении судебных дел, связанных с использованием задатка (например, при решении вопроса о возможности начисления процентов по ст. 353 ГК РК).

Относя задаток и неустойку к мерам ответственности, О.С. Иоффе исходил из того, что если при поручительстве, гарантии и залоге для возложения ответственности достаточно только факта нарушения договора, то для применения неустойки и задатка необходимо наличие вины. В действующем ГК РК относительно неустойки (п. 1 ст. 293 ГК) и задатка (ст. 337ГК РК) сохранился прежний подход.

Однако согласно п. 2 ст. 359 ГК РК в отношении предпринимателей в качестве общего правила предусмотрена ответственность вне зависимости от наличия вины:

«если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств» [22,с.171].

Таким образом, в свете действующего законодательства, взгляд на задаток как на меру ответственности, в той степени, в которой он основан на позиции О.С. Иоффе, утратил свою актуальность, что необходимо учитывать при рассмотрении судебных дел, вытекающих из предпринимательских отношений.

О.С. Иоффе, Н.Д. Егоров выделили задаток в качестве самостоятельной формы гражданско-правовой ответственности [15, с.56]. Однако, следует согласиться с В.В. Витрянским, по поводу того, что "нет никаких оснований выделять в качестве самостоятельной меры имущественной ответственности потерю задатка, хотя такой подход для нашей доктрины стал уже традиционным"[23, с.402]. Потеря задатка, так же как и обязанность уплатить двойную сумму задатка, является штрафом (законной неустойкой). На наш взгляд, и сегодня нет никаких оснований отступать от этой позиции. Задаток в каждом конкретном правоотношении может, как частично покрывать убытки (если они есть), так и быть штрафом (если убытков нет). Имеет значение, как сформулирован задаток в договоре, поскольку правило о возмещении убытков сверх суммы задатка. А из этого следует, что в договоре ответственность сторон может быть и ограничена (задаток по модели

исключительной неустойки), и увеличена, в том смысле, что убытки могут быть взысканы независимо от суммы задатка в полном объеме (задаток в форме штрафа). Является общепризнанным, что задаток имеет много сходства с неустойкой. Однако стоит обратить внимание и на различия. Как справедливо отмечал HJ Дювернуа, задаток "всегда, однако, есть дача *вперед*! Это главная отличительная черта его от неустойки". Однако в действующем законодательном регулировании данная видообразующая особенность задатка не отразилась. Вторым отличием задатка является двусторонний характер данного способа обеспечения.

По связи с обеспечиваемым обязательством, задаток традиционно относят к акцессорным способам обеспечения обязательств. В этом смысле задаток, выдаваемый в счет обеспечения предварительных обязательств, может быть отнесен к «относительно акцессорным способам обеспечения обязательств». А задаток, выдаваемый при заключении договора, - к «абсолютно акцессорным» способам[24,с.206].

По способу воздействия относили задаток, наряду с неустойкой, к стимулирующим способам обеспечения исполнения обязательств, которые создают для должника угрозу невыгодных последствий (ничем не возмещенных денежных платежей), в случае невыполнения ими основного обязательства.

По критерию причин установления способов обеспечения исполнения обязательств задаток относят к способам, побудительной причиной к установлению которых служит недоверие к имущественной сфере должника, наряду с поручительством и залогом. Однако, задаток, возвращаемый задаткополучателем, можно также отнести и к другой группе. Это - средства, при использовании которых, отсутствует недоверие к имущественной сфере должника, но есть необходимость заранее зафиксировать размер убытков с тем, чтобы освободить себя от бремени их доказывания. Задаток (наряду с неустойкой) относят к группе способов обеспечения исполнения обязательств, которые побуждают к точному исполнению обязательств опасением еще более невыгодных последствий. С этим можно согласиться, поскольку нередко взыскание задатка не освобождает стороны от исполнения основного обязательства (кроме случаев, когда он сформулирован по модели отступного или исключительной неустойки). Встречающаяся классификация по критерию отношения к другим кредиторам должника относит задаток к способам обеспечения исполнения обязательств, которые не дают преимуществ перед другими кредиторами.

Являясь двусторонним способом обеспечения, задаток может обеспечивать только двусторонние сделки.

Напомним, что в римском праве в качестве задатка могли передаваться не только деньги, но и вещи.

Задаток как обеспечительное средство на практике по-прежнему используется во взаимоотношениях между гражданами и, главным образом, для обеспечения договоров купли-продажи жилых домов, квартир и

автомобилей, хотя новый ГК, в отличие от ГК Казахской ССР 1964 г., не ограничивает ни субъектный состав участников соглашения о задатке, ни вид обеспечиваемых при помощи задатков договоров, поэтому частниками соглашения о задатке могут быть юридические лица.

Среди русских цивилистов, однако, не было единого мнения на этот счет. Так, К.П. Победоносцев, в частности, отмечал, что задаток состоит в том, что одна сторона передает другой вещь или некоторую сумму вперед, как часть предстоящей в исполнение договора передачи. Г.Ф. Шершеневич, напротив, указывал, что задаток — это часть денежной суммы, следуемой от одного лица к другому за исполнение условленного действия. Задаток возможен в тех обязательственных отношениях, в которых одно лицо обязывается уплатить другому денежную сумму. В ситуациях же когда денежная сумма уплачивалась не той стороной, которая должна платить, а другой, например, взятие некоторой суммы денег в обеспечение исполнения личной услуги, по мнению Г.Ф. Шершеневича имеет место не задаток, а залог [25, с.109].

«Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне и в обеспечение заключения и исполнения договора» (ст. 337 ГК). Соглашение о задатке должно быть заключено в письменной форме под страхом недействительности соглашения. В ГК РФ задатку посвящены ст. 380, 381. Их отличие от ст. 337, 338 ГК РК состоит в том, что ГК определяет последствие несоблюдения простой письменной формы соглашения о задатке как недействительность такого соглашения, а ГК РФ последствием несоблюдения письменной формы называет признание переданной суммы авансом, однако можно доказывать иное, т. е. российский ГК презюмирует авансовое значение выплаченных сумм. В ГК РК такая норма отсутствует, в ней нет практической необходимости, ибо письменное оформление задатка требуется под страхом недействительности, а в письменном тексте, разумеется, должно быть указано, что речь идет о задатке, и, следовательно, исчезает основание для сомнений в том, об авансе или задатке договаривались контрагенты

Тем более, что в зарубежных правопорядках неденежная форма задатка не отрицается. Кроме того, как отмечалось ранее, задаток и его прообраз вправе - пополнок, первоначально появились именно в неденежной форме, и замечательно существовали и справлялись с возложенными на указанные институты функциями. То, что деньги с момента их появления оттеснили на задний план меновые отношения, не явилось основанием для исключения договоров мены из законодательного регулирования какого-либо развитого государства. Аналогично, на наш взгляд, не обосновано исключать применение неденежного задатка.

Даже несмотря на то, что в настоящее время наиболее часто задаток выдается в денежном выражении, и этот способ является наиболее удобным, в обороте все же может возникнуть необходимость передать какую-либо вещь

в задаток, например при отсутствии или ограниченности денежных средств. Гражданское право должно давать участникам гражданского оборота наибольшее количество вариантов для законного урегулирования взаимоотношений сторон с учетом их экономических потребностей.

В рассматриваемом случае нет никаких оснований считать, что сотрется грань между задатком и закладом, поскольку это два совершенно разных института.

Достаточно привести лишь несколько основных отличий:

1) задаток засчитывается в счет платежей, в то время как в отношении залога существуют совершенно иные правила: он может быть зачтен в счет платежей лишь в исключительных случаях, и только после того, когда обязательство не исполнено, с соблюдением специальной процедуры обращения взыскания;

2) в случае нарушения обязательства задаткополучателем, возвращаться будет не сам задаток плюс дополнительно что-то еще в таком же размере, а двойная стоимость задатка, выраженная по общему правилу, в денежном эквиваленте;

3) задаток поступает в собственность задаткополучателя и последний может им распоряжаться, в то время как залог остается в собственности залогодателя до момента обращения на него взыскания, в установленном законом порядке;

4) из вышеизложенного также следует, что на кредитора - задаткополучателя не возлагается обязанность по хранению переданного предмета, как это имеет место при закладе;

5) залог обеспечивает обязательство только одной стороны, а задаток, по общему правилу, интересы обеих сторон.

Вопросу о праве собственности на задаток в цивилистической литературе практически не уделялось внимания. К.Победоносцев указывал, что "(в смысле римского права) задаток не переходит в имущество получателя, но подлежит возвращению при исполнении сделки, или в случае, когда она не состоится"[26, с.127].

Иной подход был выражен представителем германской доктрины. Так, Генрих Дернбург отмечал: "получивший задаток становится его собственником, а не только хранителем чужого владения. Поэтому не считается растратою чужого имущества, если он употребит задаток в свою пользу. В пользу такого взгляда говорит то обстоятельство, что возвращение агга взыскивается путем "condictio", и что нигде не упоминается о "vindicatio" arrae. Последний иск был бы, несомненно, самым подходящим, напр., в том случае, если в задаток было отдано кольцо, и если бы давший его оставался собственником, тем не менее, считает нужным оспаривать переход права собственности. Конечно, нельзя утверждать, что "право собственности переходит неизбежно". Но не об этом и идет речь. Спрашивается только, каково в сомнительных случаях намерение сторон при оставлении задатка, и что соответствует целям гражданского оборота? Ответ римлян - переход

права собственности[27,с.40]." Подтверждением точки зрения о том, что право собственности все же переходит к задаткополучателю в момент передачи задатка, служит вышеприведенное мнение М. М. Агаркова, о том, что в случае возврата задатка, выданного в неденежной форме, в двойном размере, обязанность вернуть в двойном размере означает, что должна быть возвращена двойная стоимость задатка.То обстоятельство, что задаток поступает в собственность задаткополучателя, позволяет отграничить неденежный задаток не только от залога, но и от удержания, поскольку удерживать можно только чужую вещь, но не свою.Что касается денежного задатка, то здесь вопрос о праве собственности на задаток не столь актуален.

В законодательстве размеры суммы задатка установлены лишь применительно к продаже имущества на публичных торгах, или заключению на торгах иных государственных контрактов. Но последнее относится скорее к сфере публичного, нежели частного права.

Что касается обычных гражданско-правовых сделок, не обремененных государственным участием, то здесь решение вопроса о размере задатка и доктрина и законодательство отдают на откуп участникам гражданского оборота, что следует признать обоснованным.

Вполне очевидно, что чем больше размер задатка, то тем сильнее проявляется его обеспечительная функция.

Однако, когда размер выдаваемого задатка становится равным размеру обязательства задаткодателя по основному договору, то можно ли говорить, что задаток в этом случае приобретает характер одностороннего средства обеспечения, и уже начинает обеспечивать не обязательство задаткодателя (поскольку оно уже исполнено), а обязательство задаткополучателя в виде обязанности вернуть двойную сумму задатка в случае нарушения задаткополучателем договора? Либо это уже перестает быть задатком?

Задаток является "средством полного и или частичного исполнения основного обязательства", приводит противоположную позицию по этому вопросу, которая заключается в том, что "если передается вся сумма, причитающаяся по договору, то очевидно она не может считаться задатком уже по той причине, что в отношении плательщика ею не выполняется обеспечительная функция (им договор уже исполнен)". Кроме того, отмечает Б.М. Гонгало в подкрепление своей позиции, "в юридической литературе всегда подчеркивалось, что задаток составляет лишь часть причитающегося по договору"[28,с.77].

На противоположных позициях стоит Т.В. Богачева, которая признает, что задаток может исполнять все основное обязательство либо его часть[29,с.158].

На наш взгляд, более обоснованной представляется позиция Б.М. Гонгало, поскольку в случае выдачи задатка в размере равном сумме оплаты по основному обязательству, утрачивается обеспечительная роль задатка, так как в ней более нет необходимости.

Однако если в задаток передается существенная часть от объема исполнения, то каких-либо ограничений, как уже отмечалось, ни в законодательстве, ни в доктрине не существует. Сложно не столько привести аргументацию ограничения размеров задатка, сколько найти критерии того размера, который мог бы считаться чрезмерно высоким: 60, 70 или 90 % ?

Ограничением здесь могут быть только опасения контрагентов потери в будущем суммы задатка. Кроме того, как правило, к увеличению суммы выдаваемого задатка стремится задаткополучатель. Если допускать начисление на сумму задатка, выдаваемого задаткодателем задаткополучателю, процентов за пользование коммерческим кредитом, то без крайней нужды желание требовать чрезмерно высоких сумм вносимого задатка у задаткополучателя не возникнет.

Задаток использовался для обеспечения различных видов договоров: купли-продажи, найма, подряда. Традиционно задаток использовался при проведении торгов. Использовался задаток и при обеспечении личных неимущественных отношений, таких, например, как помолвка.

Возвращаясь к отношениям имущественным, следует отметить, что помимо обеспечения различных видов договоров задаток со времен римского права использовался как средство понуждения к заключению договора. При этом, почти везде, как отмечалось ранее, задаток имел свое назначение и свое специальное регулирование. Попытки сформулировать задаток единообразно для всех видов обязательств (кроме торгов) привели к существенному сужению сферы его использования в современном обороте, а также к тому, что те виды задатка, которые под унифицированное определение ст. 337 ГК РК не подходят, используют теперь в обороте в качестве непоименованных способов обеспечения обязательств, что активно пропагандируется в современных публикациях. Подобное положение вещей нельзя признать правильным, поскольку очевидно, что почти во всех подобных непоименованных способах заложена конструкция задатка, как основной механизм. Кроме того, для подобных "непоименованных способов" отсутствует законодательное регулирование, что усложняет их применение, так как все детали таких соглашений, до мельчайших подробностей, сторонам придется учитывать в договоре. Конечно, сохраняется возможность применения некоторых общих правил о задатке по аналогии, но в нашей правовой действительности это явление не частое.

Таким образом, представляется необходимым в настоящей дипломной работе рассмотреть применение задатка для обеспечения различных видов обязательств, что и будет сделано далее.

Можно выделить несколько основных видов задатка, используемых для обеспечения различных видов обязательств, а также встречающихся в различных странах. Данное изложение видов задатка не следует рассматривать как классификацию, поскольку не всегда присутствует единство критерия.

**I. Задаток-обеспечение**

1. Взыскивается задаток + убытки в части непокрытой суммой задатка (зачетная модель).

2. Взыскивается задаток + исполнение договора. Либо задаток + убытки в полном объеме, если исполнение договора невозможно (штрафная модель).

**II. Задаток - отступное.**

1. Должник по своему выбору решает, либо исполнять обязательство, либо отступиться от него, ценой утраты задатка.

2. Кредитор по своему выбору решает: либо требовать исполнения обязательства, либо удовлетвориться задатком.

Задаток - отступное (1) традиционно презюмируется в предварительных правоотношениях. В законченных договорах традиционно презюмируется задаток-обеспечение, либо задаток - отступное (2).

Задаток, ограничивающий ответственность в современном гражданском праве, может быть сконструирован не только по модели отступного, но и по модели исключительной неустойки. Именно такое конструирование и предполагает диспозитивное регулирование п. 2 ст. 338 ГК РК, поскольку в указанной норме речь идет исключительно о случаях неисполнения договора.

**III. Односторонний задаток** - задаток, обеспечивающий исполнение обязательства только задаткодателем. Закреплен по сей день в Германии. Рассматриваемая разновидность задатка особенно удобна там, где вину задаткополучателя невозможно доказать, а следовательно, и взыскать двойную стоимость задатка.

**IV.** Задаток, обеспечивающий заключение договора и выдаваемый одновременно в счет платежей по нему, - можно условно назвать **предварительный задаток.** Имел место в Риме (arrha contractus imperfecto data), в схожих чертах имеется во Франции. По своей конструкции данный вид задатка презюмируется как задаток, ограничивающий ответственность сторон (хотя, в соглашении возможно предусмотреть и иное). Это объясняется тем, что не окончательно сформировавшееся обязательство менее устойчиво по своей природе, чем основной договор. Характерной особенностью данного вида задатка, является то, что три функции распределяются между организационным договором (доказательственная и обеспечительная) и основным договором (платежная). Иногда данный вид задатка может реализовывать двойную обеспечительную функцию, обеспечивая, как отношения по заключению договора, так и само исполнение заключенного таким образом договора.

**V.** Задаток, используемый при организации и проведении торгов. Это отчасти разновидность предварительного задатка. Этот вид также имеет давнюю историю. На данный момент практически ни один конкурс или аукцион не обходится без задатка. Как и в предыдущем варианте, здесь также три функции распределяются между организационным договором (доказательственная и обеспечительная) и основным договором (платежная).

Для удобства его можно назвать торговый задаток. Иногда такой задаток выполняет двойную обеспечительную функцию**,** обеспечивая одновременно исполнение обязательства по заключению договора и по исполнение, заключенного таким образом договора.

**VI. Депозитный задаток** - задаток, выдаваемый через третье лицо. Он также имеет предварительный характер. Нередко используется в риелтерских сделках. В литературе предлагается использовать выдачу задатков через нотариуса, при этом задаткодателями будут являться одновременно обе стороны. По нашему мнению, это единственная конструкция, в отношении которой обосновано вести дискуссию о том, следует ли относить данную конструкцию к задатку или нет. Здесь, как и в предварительном задатке, так же имеются три функции, которые распределяются между двумя взаимосвязанными договорами. Отличие состоит в том, что в этом случае задаток передается третьему лицу, у которого некоторое время хранится. Это третье лицо выступает неким досудебным арбитром, принимающим решение о судьбе задатка, в случае, если обязательство не будет исполнено.

**VII. Неденежный задаток** - задаток, передаваемый в виде вещи или иной имущественной ценности (за исключением денег). Имел широкое распространение в старину, а также в условиях дефицита денежных средств. При возникновении оснований для возврата или взыскания задатка с задаткополучателя, последний, как правило, возвращает не сам задаток, а его стоимость в деньгах в однократном, либо двукратном размере.

Поскольку задаток идет в счет платежей по договору, то представляется необоснованным существование самостоятельных соглашений о задатке наряду с основным договором, обеспечиваемым задатком.

Другое дело, когда основной договор еще не заключен. Здесь существование самостоятельных соглашений о задатке вызвано необходимостью обеспечить заключение договора. Прототипом таких самостоятельных соглашений о задатке являлись, по всей видимости, задаточные расписки, имевшие широкое распространение в праве. В задаточных расписках помимо размера задатка указывались существенные условия основного договора, а также дата и место его заключения.

Однако действующий Гражданский кодекс не исходит из таких сущностных отличий обеспечиваемых обязательств.

Подобное законодательное регулирование дает основу для выводов о том, что в настоящее время в виде общего правила не может действовать классическая конструкция: "нет задатка - нет договора", поскольку "как известно, исполнение или неисполнение акцессорного соглашения (выдача или невыдача задатка) не могут быть фактами, определяющими юридическую судьбу основного соглашения - договора, обеспечиваемого задатком"[30,с.63]. Указанный автор, однако, допускает существование задатка, определяющего судьбу обеспечиваемого им обязательства, в случае, если соглашение о задатке включено в текст основного договора в качестве существенного условия, причем непременно при условии, что стороны

связали момент заключения договора с моментом выдачи задатка. Данные выводы основаны на ст. 292 и 337 ГК РК.

Существенными условиями соглашения о задатке, как необходимыми для договоров данного вида (независимо от того, совершено ли оно отдельно или инкорпорировано в основной договор), по всей видимости, будут являться следующие:

- Указание на обязательство, в обеспечение которого передается задаток, и срок его заключения и/или исполнения;
- Условия, при которых наступает ответственность, обеспеченная задатком;
- Размер задатка и порядок его внесения;
- При обеспечении предварительных договоров - указание на время и место заключения основного договора, а также существенные условия основного договора.

Что касается формы, то в соответствии со ст. 337 действующего ГК РК, соглашение о задатке должно быть заключено в письменной форме. При возникновении сомнений относительно того, является ли сумма, уплаченная по договору задатком или авансом, в том числе при несоблюдении формы соглашения о задатке, данная сумма презюмируется в качестве аванса, если не доказано иное.

По делу, в материалах которого имелся договор, в котором сумма прямо не была названа задатком, но указывалось, что передается "первоначальный взнос для обеспечения взаимных гарантий сделки", данная сумма, на основе сопоставления данного условия договора и ст. 337-338 ГК РК также судами была признана как задаток.

По другим делам суды отказывали во взыскании двойной суммы задатка на том основании, что в тексте договора эта сумма не была названа как задаток, а, следовательно, в соответствии со ст. 338 ГК РК, следует расценивать этот платеж как аванс.

В некоторых случаях имеет место расхождение между названием предоплаты в тексте договора и платежном поручении. При решении подобных дел в судебных подходах также не существует единообразия.

### 1.2. Функции задатка

В период развития отечественной цивилистики сложилась традиция характеризовать институт задатка через призму его функций. С тех пор, практически в каждой публикации, учебных главах, посвященных задатку, выделяют преимущественно три функции задатка: доказательственную (удостоверительную), платежную и обеспечительную. Подобный подход к определению задатка настолько прочно укоренился в отечественных научных кругах, что отсутствие, либо небольшое видоизменение какой - либо из названных функций нередко является незыблемым критерием для определения: является ли указанная правовая конструкция задатком или нет. Как в доктрине, так и в судебной практике нередко можно встретить

ограничительное толкование указанных функций, что препятствует широкому применению задатка на практике.

**Доказательственная функция.** Ранее мы уже отмечали, что в период становления института задатка он являлся лишь доказательством заключения договора (arrha confirmatoria). Несмотря на указанное обстоятельство доказательственная функция задатка, особенно в свете действующего законодательства, по нашему мнению, является самой неопределенной и спорной.

Согласно п. 1 ст. 337 ГК РК "задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения".

На основании приведенной формулировки нормы закона довольно часто доказательственная функция задатка трактуется в прямом смысле термина "доказательство", в его процессуальном аспекте. Сторонников такой позиции немало. Указывается, к примеру, что «поскольку имеется письменное удостоверение выдачи задатка, нельзя отрицать заключения основного договора, пусть и не облеченного в письменную форму".

Б.М. Гонгало, занимая по этому вопросу весьма крайнюю позицию, отмечает в частности, что задатком, по общему правилу, не могут обеспечиваться сделки, совершенные в письменной форме (поскольку задаток уже не может выполнить свою доказательственную функцию, так как факт заключения договора не нуждается в доказательствах). Однако если письменная форма не соблюдена, но уплачен задаток и об этом имеется доказательство, то основной договор заключен[28,с.81]. Таким образом, из указанной позиции следует, что обязательство с пороком формы задатком может обеспечиваться. Для случаев, когда порока простой письменной формы нет, и основное обязательство оформлено надлежащим образом, предлагается использовать в качестве средства обеспечения не задаток, а иные способы: "твердую денежную сумму, процент от какой-либо суммы, двойную сумму того, что было уплачено, и т.д."[31,с.82].

По нашему мнению, с таким подходом едва ли можно согласиться (за исключением тезиса о том, что факт заключения договора, воплощенного в надлежащей форме, не нуждается в доказательствах). Поскольку вряд ли справедливо будет считать, что сделки с пороками простой письменной формы могут обеспечиваться, а нормальные, "здоровые" сделки обеспечиваться задатком не могут. В таком случае получается, что задаток является каким-то аномальным способом обеспечения, основным назначением которого является исцеление неправильно оформленных сделок, и как побочный эффект, популяризация в кругах не искушенного в юридических тонкостях населения устной формы сделок, и без того не в меру часто используемой в правоотношениях между физическими лицами.

По нашему мнению, задаток не может являться доказательством заключения договора, по следующим основаниям:

Во-первых, как уже отмечалось, надлежащим образом заключенный договор, не нуждается ни в каких доказательствах. В тех же случаях, когда имеет место порок формы сделки, факт передачи задатка может быть таким же доказательством, как и расписка о получении аванса, и другие доказательства, которые суд при применении п. 1 ст. 153 ГК РК будет оценивать в соответствии с процессуальным законодательством по своему усмотрению. В соответствии с п. 1 ст. 153ГК РК несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства.

Не вызывает сомнений тот факт, что соглашение о задатке может являться доказательством в контексте п. 1 ст. 153 ГК РК. Однако лишь как, доказательство факта заключения договора, но не его условий и, как уже отмечалось, задаток здесь не будет иметь какого-либо приоритета перед другими доказательствами.

Применительно к простой письменной форме следует обратить внимание также на пункт 2 ст. 394 ГК РК, в соответствии с которым, письменная форма договора считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке, предусмотренном пунктом 2 статьи 394 настоящего Кодекса. В соответствии с п. 3 ст. 396 ГК, совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. Вполне можно предположить, что выдача задатка (причем с непременным его оформлением его в письменной форме) в сравнительном сопоставлении п. 1 ст. 337ГК РК, п. 2 ст. 394, п. 3 ст. 396 ГК РК будет являться акцептом. Однако на практике не часто может встретиться ситуация, когда основная сделка не составлена в виде единого документа или обмена письменными документами, а соглашение об обеспечении данной сделки, наоборот, оформлено по всем правилам. Кроме того, в контексте п. 3 ст. 396 ГК РК в качестве акцепта может рассматриваться любой платеж, сделанный в ответ на оферту, и здесь совершенно нет различия в том: был ли выдан задаток с сопутствующей ему "доказательственной" функцией либо обыкновенный аванс.

Во-вторых, при отсутствии основного договора, заключенного в установленной законом форме, нередко встает вопрос о возможности существования задатка, который традиционно относят к акцессорным обязательствам. О доказательственной функции задатка говорить здесь уже не приходиться.

Таким образом, можно сделать вывод, что доктринальные подходы, рассматривающие задаток как доказательство заключения договора, в прямом смысле этого термина представляются необоснованными.

Продолжая рассуждения в данном русле, но уже применительно к другим сделкам, форма которых не столь жестко регламентируется законодательством, следует отметить, что так или иначе невозможно уйти от вопроса об установлении круга существенных условий (во всяком случае, предмета и иных условий, предусмотренных законом, а также необходимых для договоров данного вида). Как их доказывать? Если их нет, то основной договор не заключен, поскольку главное свойство существенных условий в том, что их невозможно, либо крайне затруднительно определить на основе диспозитивных норм и обычаев. Если же эти условия будут включены в соглашение о задатке, то речь уже можно скорее вести о смешанном или комплексном договоре, а не о доказательственной функции соглашения о задатке. К аналогичному выводу приходил в свое время М.М. Винавер, который отмечал, что "сама дача задатка как внешний факт в громадном большинстве случаев доказательством каких бы то ни было договорных отношений служить не может; этот факт бессилен определить содержание договора"[32,с.41]. Кроме того, как правило, соглашение о задатке включают в текст основного договора, поэтому его доказательственная функция, и без того слабо выраженная, в подобных случаях и вовсе утрачивается. Документ, в котором объединены условия соглашения о задатке и условия обеспечиваемого договора, более правильно будет рассматривать как смешанный или комплексный договор, а искать в нем признаки доказательственной функции в рассматриваемом подходе, представляется нецелесообразным.

Задаток является конститутивным элементом сделки, и с совершеннейшей убедительностью продемонстрировал ошибочность использования в норме закона термина «доказательство». Возможно в литературе найти указание на задаток, как на argumentum, в общем смысле приведения подтверждения или способа прийти к заключению, а вовсе не в техническом смысле средства доказать юридическое событие. Совершенно понятно, почему немцы в своем Уложении называют задаток знаком, знамением, а не доказательством состоявшегося договора. При этом, немецкий редактор статьи, очевидно весьма привыкший давать себе отчет в каждом изгибе речи, не говорит о задатке, *выданном одною из договаривающихся сторон,* а о выдаче чего-либо в задаток при *вступлении в договор* (bei der Eingehung eines Vertrages). Отсюда легко заключить, что задаток - знамение составляет конститутивный элемент сделки, а не сопровождающий только её для последующей аргументации»[33,с.104].

В подтверждение конститутивной природы задатка можно привести также примеры из древнегреческого права:

На греческом востоке значение задатка было настолько велико, что явное соглашение купить или продать, несопровождаемое задатком, могло быть аннулировано с освобождением от обязанности возместить убытки для каждой из сторон. В литературе доказательственная функция задатка также совершенно обоснованно толковалась именно в таком значении. Задаток все

же имеет значение не доказательства в процессуальном значении указанного термина, а конститутивного, дополнительного элемента сделки. Вероятно, здесь задаток имеет значение существенного условия сделки, имеющего реальный характер.

Вопрос о том, является ли передача задатка необходимой для возникновения обязательства, обсуждается и в зарубежной юридической литературе. На основе сравнительного изучения исторического развития института задатка в древнегреческом и римском частном праве Рейнхард Циммерманн приходит к выводу, что в вышеупомянутых правопорядках ситуация не была идентичной. Как уже отмечалось, в греческом праве значение задатка было настолько велико, что явное соглашение купить или продать, несопровождаемое задатком, могло быть аннулировано с освобождением от обязанности возместить убытки для каждой из сторон. Таким образом, при отсутствии факта вручения задатка контракт не обладал обязательной силой. В римском частном праве, не смотря на то, что согласно преобладающим взглядам институт задатка был воспринят именно из греческого правопорядка, ситуация представлялась автору полностью противоположной. Р. Циммерманн обосновывает указанное обстоятельство достижениями римской юриспруденции, касающимися разработки и развития консенсуальных контрактов, что, по мнению указанного автора, не было известно древнегреческому праву. Как отмечает в этой связи Р. Циммерманн, римская практика явно была под влиянием эллинистической модели, но в какой мере греческий arrha когда либо был воспринят римским правом остается вопросом предположения[34,с.83]. В любом случае это имело бы смысл только в то время, когда консенсуальные контракты были еще не признаваемы как дающие основания для предъявления иска; на этот раз пострадавшая сторона была способна предъявить иск, основанный на контракте, здесь не имелось больше никакой реальной потребности признавать систему альтернативных санкций.

Безусловно, следует согласиться, что на сегодняшний день, при наличии развитой системы консенсуальных контрактов, действительно, не имеет смысла подвергать сомнению то обстоятельство, что передача задатка не является необходимой предпосылкой для вступления в силу всех без исключения видов контрактов. Тем не менее, подобно тому, как институт реальных договоров продолжает существовать в отечественном правопорядке, так и задаток в его конститутивном значении едва ли стоит списывать в историческую кладовку.

Однако на сегодняшний день в контексте редакции п. 2 ст. 393 ГК и ст. 337 ГК РК трактовка задатка как конститутивного элемента сделки все же не может не вызывать сомнений. В данном аспекте необходимо рассмотреть вопрос о реальном или консенсуальном характере соглашения о задатке и обязательств вообще.

Г.Ф. Шершеневич, давая определение задатку, указывал: "задатком признается производимая при самом заключении договора уплата части

денежной суммы, следуемой от одного лица другому за исполнение условленного действия"[25,с.83]. И далее отмечал: "...задаток имеет двоякое значение: а.) способа обеспечения обязательств и б.) момента совершения договора. По народному представлению, как скоро задаток дан и принят,значит договор заключен бесповоротно."

Задаток — это то, что дается одною стороною другой при заключении договора, в виде денег или других ценностей, но непременно дается, а не

обещается только.

В контексте действующего законодательства решение вопроса о консенсуальном или реальном характере для поименованных в ГК договоров. Ровный предлагают решать исходя из буквального толкования текста ГК. Судить о реальном характере договора, можно "за счет использования в определении договора глагола в форме настоящего времени *"передает"* (см. п. 1 ст. 517, п.1 ст. 604, п. 1 ст. 715, п. 1 ст. 729, п. 1 ст. 883 ГК). При этом небезосновательно отмечается, что "поскольку круг реальных договоров определяется не соглашением и не доктриной, а законом (п. 2 ст. 393 ГК), следует признать, что в вопросах выбора модели совершаемого договора, если модель установлена законом императивно, действие принципа свободы договора ограничивается (п. 1 ст. 382 ГК).

Гражданский кодекс в ст. 337 определяет задаток как «денежную сумму, выдаваемую одной из договаривающихся сторон, в доказательство заключения договора...». Данную формулировку можно расценивать, как указание на то, что в действующем ГК РК задаток сформулирован как реальное соглашение. Однако следует разграничить вопрос о реальности и консенсуальности обязательства о задатке и вопрос, о реальности или консенсуальности основного обязательства, обеспечиваемого задатком. Относительно первого случая, вроде бы не остается сомнений в его реальном характере. Однако, что касается основного договора, то наш ГК не содержит прямо выраженной нормы о том, что основной договор вступает в силу с момента выдачи задатка.

Что касается обязательств, обеспечиваемых задатком, то большинство из них в законе как раз и сформулированы по модели консенсуальных. Рассматривая задаток как конститутивный элемент сделки, нам придется согласиться с распространенным мнением о том, что обеспечиваемая задатком сделка из консенсуальной превращается, таким образом, в реальную. Из п. 1 ст. 337, даже если и можно сделать вывод о том, что задаток является конститутивным элементом сделки (из указанной нормы однозначно такой вывод не следует, но может быть выведен путем исторического толкования), то все равно, обязательства, которые обеспечиваются задатком сформулированы в ГК однозначно: либо как реальные, либо как консенсуальные.

По нашему мнению, это как раз тот крайне редкий случай, когда отдельные положения Гражданского кодекса не согласуются с исторически

сложившимися принципиальными особенностями рассматриваемого института.

При рассмотрении доказательственной функции задатка необходимо отдельно рассмотреть вопрос о возможности обеспечения задатком сделок, требующих нотариальной формы, а также сделок, требующих государственной регистрации. В современной доктрине существует распространенное мнение о невозможности обеспечения задатком договоров, подлежащих государственной регистрации, по той причине, что до такой регистрации обязательства не существует.

С указанным мнением нельзя согласиться в полной мере. Согласно п. 2 ст. 154 ГК РК если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется.

Что касается сделок, требующих государственной регистрации, то в соответствии с п. 2 ст. 155 ГК РК, если сделка, требующая государственной регистрации, совершена в надлежащей форме, но одна из сторон уклоняется от ее регистрации, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации сделки. В этом случае сделка регистрируется в соответствии с решением суда.

Что касается сделок купли-продажи жилых помещений, то они также могут быть зарегистрированы на основании решения суда, если одна из сторон уклоняется от их регистрации. Кроме того, отсутствие государственной регистрации сделки купли-продажи жилого помещения не влечет ее недействительность.

Поскольку задаток по общему правило поступает в счет платежей по договору, можно сделать вывод, что передача задатка является частичным исполнением сделки, необходимым по смыслу ст. 155 для ее реабилитации. Что касается круга существенных условий, то он определяется на основании договора, который по каким-либо причинам не прошел нотариальное удостоверение или государственную регистрацию. Таким образом, принцип акцессорности не препятствует, на наш взгляд, для реабилитации подобных сделок, как это имеет место при пороке простой письменной формы сделки, когда само ее содержание проблематично установить, даже имея на руках доказательство передачи задатка.

В соответствии ст. 155 ГК РК в случаях, предусмотренных пунктами 1 и 2 указанной статьи, сторона, необоснованно уклоняющаяся от нотариального удостоверения или государственной регистрации сделки, должна возместить другой стороне убытки, вызванные задержкой в совершении или регистрации сделки.

Доказательственная функция задатка в приближенном значении термина «доказательство» может иметь место лишь в случае, если рассматривать задаток в рамках преддоговорной ответственности.

В данном контексте это будет недвусмысленным доказательством намерений вступить в договор и одним из оснований для рассмотрения вопроса о возложении преддоговорной ответственности (в числе прочих юридически значимых обстоятельств). Однако и в указанных отношениях задаток также, в первую очередь, будет являться конститутивным элементом преддоговорного обязательства, позволяющим облегчить установление границы между не связывающей начальной стадией переговоров и стадией, когда у контрагентов может сложиться обоснованное мнение о том, что договор между ними будет заключен. Тем не менее, в рассматриваемых отношениях еще можно усмотреть некоторые отдаленные отдельные черты доказательственного значения задатка. Парадокс, однако, заключается в том, что сторонники трактовки доказательственной функции задатка в процессуальном значении термина «доказательство», отрицают в принципе всякую возможность обеспечения задатком договоров, которые в силу закона не считаются заключенными на момент их обеспечения, делая исключения лишь для недействительных сделок с пороком простой письменной формы.

Завершая краткое рассмотрение доказательственной функции задатка, следует также заметить, что если все же исходить из трактовки доказательственной функции в процессуальном аспекте, то договор, обеспеченный задатком, будет мало отличим от договора с условием о предоплате и неустойке (которую нередко предусматривают в договоре в одинаковом размере для каждой из сторон). Подобные договоры ежедневно заключаются в огромных количествах и имеют гораздо больший обеспечительный эффект, поскольку законодательное регулирование и доктринальное понимание неустойки является более гибким, что позволяет приспособить ее практически к любым правоотношениям, чего не скажешь о задатке, учитывая ограниченный характер трактовки обеспечительной функции, о которой речь пойдет далее.

**Платежная функция.** Несмотря на то, что в современной литературе практически повсеместно указывается на существование у задатка платежной функции, о ее особенностях и существе практически ничего не говорится. Скупо лишь упоминается о том, что указанная функция сближает задаток с авансом, но поскольку у задатка присутствуют еще две других функции: доказательственная и обеспечительная, то этим он от аванса в основных чертах и отличается.Дискуссия ведется относительно того, вносится ли задаток до наступления обязанности платить, либо с момента, когда возникает такая обязанность.

Б.М. Гонгало отмечает, что "поскольку задаток определяется как сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей, постольку следует сделать вывод, что это часть суммы, которую должник обязан уплатить ...."[20,с.87].

С практической точки зрения указанный вопрос не кажется нам однозначным. Например, обязанность платить в договоре может быть предусмотрена в более поздний срок, чем момент заключения договора, а

задаток, согласно разделяемому нами взгляду относительно конститутивной природы доказательственной функции задатка, выплачивается не позднее момента заключения договора. Кроме того, в договоре обязанность платить может быть предусмотрена как встречное обязательство, срок исполнения которого наступает лишь после того, как контрагент исполнит свое обязательство, например, по поставке. Следует так же отметить, что не всегда задаток непременно поступает сразу в счет платежей. Например, когда задаток сформулирован как отступное, то до определенного момента любая сторона может отступиться от исполнения договора, в том числе и плательщик. Поскольку, по общепринятому мнению, отказ от договора должен быть сделан до начала его исполнения, то обязанность платить вообще может не успеть возникнуть.

Таким образом, платежная функция задатка традиционно использовалась цивилистами для целей проведения отличия задатка от других средств обеспечения. Однако и ранее, и по сей день, задатком обеспечивались обязательства, в которых отсутствовала необходимость платежной функции, например, задаток при торгах, задаток в предварительном договоре. В этих случаях задатком обеспечивается неденежное обязательство. Однако денежным является одно из обязательств основного договора, в зачет которого и поступает сумма задатка в случае, если основной договор будет заключен (а, следовательно, сумма задатка не пойдет в счет исполнения своей обеспечительной функции по предварительному договору). Следовательно, три функции задатка как бы распределяются между двумя взаимосвязанными договорами: предварительным и основным.

Существует также точка зрения, согласно которой "сумма, внесенная как задаток, с целью обеспечения исполнения обязательств по участию в торгах, будучи засчитанной в счет исполнения обязательств, вытекающих из заключенного на торгах договора, трансформируется в аванс".

В любом случае, следует признать, что со времен римского права, существовали разновидности задатков, в которых не реализовывалась платежная функция в том обязательстве, которое первоначально заключалось. Сумма задатка поступала в счет платежей по обязательствам, которые еще не были окончательно сформированы.

Следует также отметить, что прообраз задатка в праве – не засчитывался в счет платежа, а шел в дополнение к цене. Не засчитывается в счет цены задаток часто и по французскому праву. Отсюда следует сделать вывод, что платежная функция задатка, хотя традиционно и отличает задаток от других способов обеспечения, присутствует не во всех известных видах задатка.

Что касается взыскания процентов по ст. 353 ГК РК в качестве меры ответственности, то в судебных решениях нередко отказывают во взыскании процентов по ст. 353 ГК РК по той причине, что и проценты и задаток относятся к мерам ответственности, а взыскание двух мер ответственности за одно правонарушение не допускается. В целом этот подход оправдан, однако могут быть ситуации, когда начисление таких процентов допустимо. Речь

идет о случаях, когда задаткополучатель не возвращает задаток или двойной размер задатка в установленный в соглашении срок (или разумный срок). В этом случае допустимо начислять проценты как меру ответственности за период: с момента, когда задаткополучатель должен вернуть задаток, до момента фактического возврата. В этом случае не следует вести речь о применении двух мер ответственности за одно правонарушение, поскольку задаток обеспечивает основное обязательство и взыскивается за нарушение основного обязательства, а проценты по ст. 353 ГК РК взыскиваются за несвоевременный возврат задатка, который не обеспечивается самим задатком. Иной подход позволил бы задаткополучателю неправомерно и бесплатно использовать чужие денежные средства в собственных целях.

В современной судебной арбитражной практике встречаются, тем не менее, дела, при разрешении которых суд признавал возможность сочетания в договоре различных мер ответственности за неисполнение тех или иных обязательств, вытекающих из договора.

**Кредитная функция.** Несмотря на то, что практически во всех публикациях, посвященных задатку, выделяется его платежная функция, о кредитной функции задатка традиционно нигде не упоминается. Об экономической роли задатка еще Победоносцев, в частности, отмечал, что "у нас, по бедности капиталов и рабочих, выдача задатков и авансов, напр., рабочим и подрядчикам, не имеющим оборотного капитала, становится необходимостью во многих случаях, в коих на иностранных рынках и речи быть не может".На то, что задаток представляет собой форму кредитования, указывал М.М. Агарков[26,с.83]. В.А. Ойгензихт отмечал, что задаток базируется на авансировании.

О том, что задаток содержит в себе элементы взаимного коммерческого кредитования, отмечали и другие цивилисты.

Теперь же подобных ограничений для авансирования и выдачи задатков между юридическими лицами не существует. Тем не менее, кредитная роль задатка никуда не исчезла, поскольку, как и прежде, он всегда выдается вперед, и причем теперь, как уже неоднократно отмечалось, исключительно в денежной форме.

Таким образом, из вышеизложенного можно сделать вывод, что кредитная функция присуща задатку, хотя и не является основной. В то же время совсем незначительной эту функцию мы назвать также не можем. При этом, говоря о кредитной функции задатка, конечно же, имеется в виду коммерческий кредит.

Проценты, взимаемые за пользование коммерческим кредитом (в том числе суммами аванса, предварительной оплаты), являются платой за пользование денежными средствами.Если законом или договором этот момент не определен, следует исходить из того, что такая обязанность возникает с момента предоставления денежных средств (при авансе или предварительной оплате) и прекращается при исполнении стороной, получившей кредит, своих обязательств либо при возврате полученного в

качестве коммерческого кредита, если иное не предусмотрено законом или договором.

То обстоятельство, что задаток выполняет обеспечительную функцию, не обосновывает бесплатность коммерческого кредита, предоставляемого в виде задатка."Возможность всегдашнего полезного использования денег как орудия обращения - их абсолютная хозяйственная полезность - приводит к тому, что для лица, пользующегося "чужими деньгами", в особенности при неправомерности такого пользования, возникает обязанность платить проценты за это пользование"[35,с.18].

Эта «абсолютная полезность» денег не утрачивается при использовании их в качестве задатка. Задаткополучатель не обязан хранить полученные деньги до момента исполнения обязательства. Нет у него также обязанности иметь в наличии (резервировать) денежные средства в сумме равной задатку до момента исполнения обязательства. Кроме того, как было установлено нами ранее, задаток, будь то деньги или иная имущественная ценность, всегда, в отличие от залога, переходит в собственность задаткополучателя. Обеспечительная функция. В. Исаченко отмечал, что все существовавшие средства обеспечения исполнения обязательств гарантировали интересы одной из сторон, которая имела право требовать исполнения. Противную же сторону оставляли без гарантии, что, по мнению указанного автора, было несправедливо. Эта гарантия и выразилась в задатке[36,с.133].По поводу существа и назначения обеспечительной функции задатка В. Исаченко отмечал следующее: "Общая гарантия - иск и суд - не всегда желательны, удобны и даже возможны по множеству причин; но задаток действительно гарантирует и обеспечивает исполняющую сторону. Часто для исполнения договора нужны известные приготовления, средства, материалы, инструменты; обязавшийся выполнить что-либо, и не получивший задатка, должен затрачивать свои собственные деньги, иногда делает для этого заем, а потом рисковать, что его труд, его работа не будут приняты и ему придется нести убытки или отыскивать их по суду, где тоже требование не всегда будет удовлетворено. Но данный впредь задаток не только охраняет его от напрасных убытков и потери времени и для волокит по судам, но обеспечивает его и в том отношении, что страх потерять задаток будет побуждать противную сторону не уклоняться от договора". Задаток является уникальным способом обеспечения. Можно сказать, что в некоторых случаях он обеспечивает исполнение обязательства задаткодателя путем частичного исполнения этого обязательства. Однако если в дальнейшем исполнения остальной части не произойдет, то сумма задатка будет перезачтена в качестве возмещения убытков или, если убытков нет, то в качестве штрафа. Это соответствует общему подходу законодателя, изложенному в ст. 282 ГК РК. Что же касается обязательства задаткополучателя, то здесь этот способ обеспечения аналогичен неустойке в заранее фиксированной сумме. Эта сумма зафиксирована в законе и составляет двойной размер задатка. На

двойную стоимость возвращаемого в случае нарушения договора задаткополучателем задатка цивилисты посягали и ранее.

В отечественной доктрине высказывалось справедливое мнение о том, что с одной стороны, обязанность вернуть задаток в двойном размере означает, что положение сторон принципиально уравнивается: если за неисполнение договора ответственна сторона, давшая задаток, она его теряет; если за неисполнение договора ответственна сторона, получившая задаток, она обязана возвратить задаток в двойном размере. Но, с другой стороны, положение сторон не равнозначно, поскольку обязательство задаткополучателя реально обеспечено переданными денежными средствами, хотя и частично, а вот его обязанность "вернуть полученную сумму и приплатить еще от себя такую же сумму, ничем не обеспечена, так что неизвестно, получит ли фактически другая сторона эти суммы или нет".

Исходя из того, что, как правило, задаткополучатель является в договоре наиболее сильной стороной, не следует, на наш взгляд, допускать возможность установления контрагентами размера суммы задатка, подлежащей возврату задаткополучателем, в случае нарушения им договора, ниже двойной суммы задатка. Однако возможно нет препятствий для увеличения этой суммы. В случае увеличения возвращаемой суммы, по нашему мнению, не будет диспаритета, поскольку, как указывалось выше, обязанность задаткополучателя вернуть стоимость задатка плюс еще что-то, ничем не обеспечена. В этом плане, при традиционном регулировании интересы задаткодателя всегда обеспечены меньше. Другой вопрос, захочет ли задаткополучатель добровольно брать на себя обязательства по возвращению суммы задатка, превышающей его двойной размер, в случае нарушения договора. Тем не менее, этот вопрос вполне представляется можно отдать на усмотрение самих участников оборота, установив данное правило диспозитивным образом. Однако стоит заметить, что появлению в договорах трех, четырех, пяти - кратных размеров сумм задатков будет сопутствовать и негативный побочный эффект: у правоприменителя неизбежно усилится соблазн применять к этим отношениям столь любимую ст. 297 ГК РК. На наш взгляд, с возможностью применения ст. 297 ГК РК к отношениям по обеспечению исполнения обязательств задатком вряд ли стоит соглашаться. Наличие сходных черт у задатка и неустойки все же не позволяет эти два института смешивать, и подчинять задаток полностью правилам о неустойке, коренным образом ломая классическую конструкцию задатка. Тем более, в тот период развития отечественного правопорядка, когда практику применения ст. 297 ГК РК скорее приходиться оценивать как негативную, нежели позитивную.

Кроме того, следует отметить, что несмотря на то, что неустойка и задаток выполняют сходные функции, следует учитывать и их существенные различия:

Во-первых, задаток теряется только при неисполнении обязательства, а неустойка может быть взыскана и за ненадлежащее исполнение, что и

определяет отчасти возможность ее корректировки судом в соответствии со ст. 297 ГК, так как понятие ненадлежащего исполнения достаточно вариативно.

Во-вторых, задаток сконструирован в законе как двусторонний способ обеспечения с одинаковым размером суммы, которая может быть утеряна каждой из сторон, чем достигается определенный паритет (хотя ничто, конечно, не мешает сторонам в договоре предусмотреть неустойку в размере, одинаковом для обоих контрагентов, что как правило и происходит на практике, однако это будет проявлением воли сторон, а не императивное требование закона).

Невозможно оставить без внимания вопрос о том, на какие обязательства по договору распространяется обеспечительная функция задатка. И в доктрине и в судебной практике традиционно отмечается, что задатком обеспечивается только основное обязательство. Такой подход представляется необоснованным, поскольку любые обязательства, не противоречащие закону, должны исполняться надлежащим образом и могут быть обеспечены. Из этого следует, что допустимо использование задатка для обеспечения отдельных обязательств, вытекающих из договора, либо всех в совокупности. Для этой цели в договоре, на наш взгляд, необходимо указать перечень обязательств, в случае нарушения которых теряется задаток.

Не менее важным является вопрос о моменте, с которого задаток перестает выполнять обеспечительную функцию и начинает выполнять платежную. Указанные функции у задатка существуют параллельно и одновременно, или же одна функция неизменно сменяет другую?

Эти вопросы поставила перед нами современная судебная практика, причем, как ни странно, при рассмотрении налоговых споров.

Задаток как способ обеспечения обязательств, выполняет одновременно три функции: удостоверяющую факт заключения договора, обеспечительную и платежную.

При этом значение задатка, как способа обеспечения договорного обязательства состоит в том, что он имеет целью предотвратить неисполнение сторонами договора, влекущего для них неблагоприятные последствия, предусмотренные пунктом 2 ст. 337ГК РК.

Таким образом, задаток обеспечивает исполнение договора полностью. Правила о задатке не применяются при ненадлежащем исполнении договора.

Нельзя признать справедливым преобладающий доктринальный подход, в соответствии с которым: "Обеспечительная функция задатка, проявляется только при неисполнении сторонами договорного обязательства. Обеспечительная функция задатка не касается случаев ненадлежащего исполнения договорного обязательства. Поэтому последствия в виде потери задатка одним субъектом или возвращении его другим в двойном размере не могут иметь место при ненадлежащем исполнении договорного обязательства, исполнение которого обеспечено задатком".

Возвращаясь к тезису о том, что с момента начала исполнения обеспечительная функция задатка прекращается, следует также отметить, что, он не учитывает, на наш взгляд, что задаток, это двусторонний способ обеспечения исполнения обязательств, и поэтому, прекратив обеспечительную функцию для одной из сторон, он может сохранять обеспечительную функцию в отношении другой стороны.

Таким образом, следует сделать вывод, что платежная функция задатка начинает реализовываться лишь с момента, когда реализована обеспечительная функция. Высказанная позиция имеет немаловажное значение при обеспечении предварительных договоров: в случае, если основной договор заключен, сумма задатка не поступает в счет взыскания задатка за нарушение предварительного договора, а засчитывается в счет платежей по основному договору.Вопрос о том, можно ли одновременно требовать возвращения задатка и исполнения обязательства, которое он обеспечивает, был одним из наиболее часто обсуждаемых русскими классиками.

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что от лица, получившего задаток, зависит: или удовольствоваться оставшимся в его руках задатком, или же настаивать на исполнении обязательства, потому что это право принадлежало бы ему, если бы обязательство не было обеспечено. Как правило, отмечал указанный автор, в жизни практикуется первый способ, и получивший задаток считает себя удовлетворенным оставшейся в его руках суммой.

На вопрос: может ли лицо, получившее задаток, освободиться от исполнения обязательства, возвратив задаток, Г.Ф. Шершеневич, отвечает отрицательно. "Дело выяснится, если мы откинем усложняющий элемент, задаток: если без задатка обязанное лицо не могло освободиться от обязательственного отношения, то оно не может уклониться от исполнения и при укреплении отношения посредством задатка"[25с.91].

И.Н Трепицын по этому поводу отмечал следующее: "Что касается задатка - обеспечения, то задаток здесь служит обеспечением по уплате убытков, которые могут быть как больше, так и меньше суммы задатка. И сумма задатка здесь ограничивающего значения не имеет, так как задаток по своей функции здесь имеет значение усиления действия договора, а не его ослабления. Если и без задатка каждая сторона обязана исполнить обязательство полностью, а в случае неисполнения его уплатить все убытки, то все это не отменяется тем, что к договору прибавлено обеспечение. Этим обеспечением достигается только большее побуждение должника к исполнительности и большая легкость по взысканию убытков. Потерпевший только тогда должен доказывать убытки, когда их размер превышает сумму задатка. Если исходить из намерения договаривающихся сторон обеспечить задатком исполнение договора, то необходимо придать задатку значение штрафа, упадающего на виновную сторону. Отсюда следует, что если в неисполнении договора виновна сторона, получившая задаток, то справедливо, чтобы она обязана была возвратить полученный задаток в

двойном размере. Засим, так как задаток по общему правилу не имеет значение отступного (Reugeld), то рядом с потерею отданного задатка или возвращением в двойном размере полученного, сохраняется обязанность виновной стороны возместить другой стороне понесенные ею вследствие неисполнения договора убытки, причем представляется практичным и справедливым придать задатку значение наперед определенного наименьшего размера убытков, подлежащих уплате виновною стороною».

Соглашаясь с мнением выдающегося юриста Савиньи, В. Исаченко приходит к выводу, что задаток должен составлять нечто в виде пени или штрафа, уплачиваемого с тем, что отказ от договора лица, давшего задаток, влечет за собой потерю задатка, но не освобождает его от исполнения договора, к чему он может быть присужден иском, подобно тому, как уплатой неустойки контрагент, нарушивший договор, не освобождается от дальнейшего исполнения его, если только противное не было положительно обусловлено в самом договоре.

В.И. Синайскому обеспечительная функция задатка виделась следующим образом: «Значение задатка, как средства обеспечения договора, сводится к праву стороны требовать исполнения договора, несмотря на потерю задатка давшей его стороной»[37,с.29].

На наш взгляд, наиболее полно отражают истинное положение вещей взгляды В. Исаченко, перу которого принадлежит весьма обстоятельный труд по исследованию задатка, и который подверг анализу достаточно большое количество судебной практики по рассматриваемому аспекту, а также мнение В.И. Синайского. Однако вопрос об обеспечительной природе задатка так и не был однозначно разрешен в отечественной дореволюционной доктрине.
Все это лишний раз подтверждает, что в отношении задатка никогда не было единого мнения среди русских цивилистов, какой бы аспект задатка мы не рассматривали.

Действующий Гражданский кодекс РК воспринял все многообразие вариантов регулирования обеспечительной функции, сформулировав статью 338 ГК РК диспозитивным образом.

Исходя из текста п. 2 ст. 338 ГК РК можно прийти к выводу, что в действующем законодательстве задаток носит по общему правилу зачетный характер и не предполагает возможность требовать одновременно и взыскания задатка и исполнения обязательства. Тем не менее, п. 2 ст. 338 ГК позволяет, на наш взгляд, "конструировать" задаток не только по зачетной модели, но и по модели штрафа или исключительной неустойки.

В подтверждение высказанной позиции также можно отметить, что в отечественном законодательстве нет прямой нормы, подобной норме п. 1 ст. 92 книги 6 ГК Нидерландов, согласно которой, кредитор не может требовать одновременного взыскания неустойки и исполнения обязательства, к которому относится неустойка. При рассмотрении указанного вопроса конечно нельзя не заметить проблему соотношения применения мер ответственности и присуждения к исполнению обязательства в натуре,

/

которая является общей проблемой касающейся применения всех мер ответственности, в связи с чем, рассмотрение указанной темы выходит за рамки представляемого исследования.

Отчасти дискуссии об обеспечительной природе задатка порождались тем обстоятельством, что задаток с давних пор существовал в двух вариантах: как способ обеспечения обязательства, и как отступное. Поэтому, на практике задаток-обеспечение и задаток-отступное нередко смешивались. Смешение двух этих видов задатка происходит и по сей день, о чем совершенно справедливо отмечает С.В. Сарбаш.

Возможность использования задатка в качестве отступного вытекает из п. 2 ст. 338 ГК, в соответствии с которым: сверх потери задатка или возврата задатка в двойном размере, сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное.

Данная норма является диспозитивной, из чего следует, что ответственность может быть, как уменьшена, так и увеличена. Путем договорного регулирования задаток может быть смоделирован как по модели штрафной или зачетной неустойки, так и по модели исключительной неустойки либо отступного.

Что касается оснований возложения ответственности, необходимой по смыслу п. 2 ст. 338 ГК РК для удержания задатка или возврата его в двойном размере, то, как справедливо ответственность определяется на основании общих положений ст. 359 ГК.

Если говорить об условиях ответственности, то здесь не требуется доказательств наличия убытков, и соответственно, причинной связи.

**Задаток - «отступное».**С давних пор отмечается, что задаток может не только укреплять договор, но и ослаблять. В последнем случае обычно говорят о задатке в значении отступного. Вопрос о природе такого задатка является довольно сложным. Имеет ли он значение отступного или значение исключительной неустойки. От решения данного вопроса зависит: имеет ли сторона право отступиться от договора до начала исполнения, или она может это сделать, уже находясь в просрочке, а также: каковы последствия нарушения стороной договора с момента, когда срок исполнения обязательства наступил.

Рассматривая правовую природу возврата двойной суммы задатка после момента просрочки исполнения продавцом своего обязательства, В.В. Бациев приходит к следующему выводу: "Если платеж двойной суммы задатка не сопровождался предложением о принятии его в качестве отступного или данное предложение направлялось после совершения платежа, и ответ кредитора на него получен не был, то отсутствуют и основания для признания соглашения об отступном заключенным и оценки данного платежа в качестве отступного"[38,с.127].До перехода к обсуждению природы такого задатка сразу следует возразить: разве предусмотрев первоначально в договоре, что сторона может отступиться от договора путем утери или уплаты в двойном

размере задатка, они тем самым не заключили между собой соглашение об отступном? Кроме того, интересен вопрос: а может ли задаток, сформулированный в договоре как отступное, автоматически (при просрочке исполнения обязательства без уведомления другой стороны о том, что она пользуется правом на отступное), трансформироваться в задаток-обеспечение, если стороны об этом заранее не договаривались. Статьи 337-338 ГК РК, посвященные задатку, такой трансформации не предусматривают. Абстрагируясь от вышеприведенного договора, попытаемся рассмотреть, по какой модели все же строится задаток, ослабляющий действие обязательств.

Одним из важных признаков отступного М.И. Брагинский указал, в частности, то, что отступное происходит всегда до того, как обязательство оказалось нарушенным[23,с.94].Неустойка же, являясь мерой ответственности, взыскивается после того, как обязательство оказалось нарушенным, причем нарушение должно быть виновным.

Однако, согласно п. 3 ст. 354 ГК РК, исключительная неустойка также может рассматриваться в качестве отступного. По этому поводу, совершенно справедливо, на наш взгляд, М.И. Брагинский высказывает точку зрения, согласно которой, такая неустойка, освобождающая от реального исполнения, является особым видом отступного, что и обуславливает присущие ей особенности.

О.Ю. Шилохвост, соглашаясь в целом с точкой зрения М.И. Брагинского, также совершенно обоснованно отмечает: "как представляется, текст п. 3 ст. 354 ГК, в котором говорится о "неустойке, установленной в качестве отступного", не дает оснований для того, что бы первую рассматривать как разновидность второго или наоборот. В указанной ситуации неустойка остается неустойкой, со всеми присущими ей особенностями, а упоминание об отступном, значение которого придается, "устанавливается" сторонами применительно к неустойке, представляется только своеобразным юридико-техническим приемом, указывающем на исключительный характер неустойки. Кроме того, законодатель таким образом подчеркивает, что освобождение должника от исполнения обязательства в натуре означает прекращение обязательства".

Стороны могут своим соглашением изменить диспозитивную норму ст. 338 ГК РК и предусмотреть в договоре регулирование задатка как средство ограничения ответственности. Следует заметить, что существует, однако, опасность признания подобного соглашения ничтожным, в соответствии с которым, заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно. Поскольку стороны заранее, при заключении договора закрепили в нем возможность по своему произволу не исполнять договор, то вполне вероятно это может быть расценено как умышленное нарушение обязательства. Однако в ГК РК существует специальный случай ограничения ответственности (п. 3 ст. 354 ГК). Представляется, что и задаток, имея согласно общепринятому

мнению аналогичную природу меры ответственности, так же, подобно исключительной неустойке, имеет право на существование.

Таким образом, ст. 338 ГК РК, посвященная задатку, не предусматривает возможность использования задатка в качестве отступного. Однако для этого нет препятствий, поскольку ст. 369 ГК РК может применяться к любым обязательствам. Стороны в договоре могут предусмотреть и ту, и другую модель. В одном случае, в договоре может быть указано о прекращении договора ценой утраты задатка (или его двойного эквивалента) при виновном неисполнении договора, в другом случае, имеется возможность отступиться от договора, так же с потерей сумм задатка, но с непременным уведомлением контрагента до того как должник находится в просрочке. Обоснованно высказывается В.В. Бациевым, что в одном случае утрата задатка будет мерой ответственности, а в другом случае это будет "платой за отказ от договора", правомерным поведением[38, с.96].

Однако нельзя при этом согласится с В.В. Бациевым, утверждающим, что если рассматривать задаток как исключительную неустойку, то необходимо применять к задатку правила, предусмотренные в ст. 297 ГК РК, позволяющие суду уменьшить ее размер.

Что касается задатка, возвращаемого задаткополучателем задаткодателю, то здесь нет каких-либо особенностей, позволяющих предусматривать для такого задатка - отступного какие-либо специальные правила, по сравнению с общими правилами об отступном.

Другое дело - задаток, выданный задаткодателем задаткополучателю. Здесь предмет отступного уже находится в руках контрагента. Если не исполняет обязательство задаткодатель, и при этом не заявляет просьбу зачесть его задаток в качестве отступного, то будет ли обязательство прекращенным в момент наступления срока исполнения обязательства или нет. С одной стороны, для этого все есть: и соглашение, и предмет отступного уже находится в руках контрагента. На практике прекращение обязательства происходит автоматически по истечении оговоренного срока, в который должно состояться исполнение основного обязательства, в случае, если последнее так и не будет исполнено.

Однако, как бы ни было предусмотрено право "отступиться от договора" - по модели отступного, или по модели исключительной неустойки, цивилистов традиционно смущало то, что в этих случаях задаток ослабляет действие договора. В отечественной доктрине практически никогда не прекращались научные дискуссии о том, правильно ли придавать задатку значение средства ослабляющего договор или нет, в каких случаях это допустимо, как это должно регулироваться в законодательстве, и каковы последствия прекращения отношений сторон, обеспеченных таким видом задатка.

Многие цивилисты считали, что в таком виде задаток скорее ослабляет обязательство, чем укрепляет его. О том, что задаток не должен пониматься в значении способа, ослабляющего обязательства, писали многие цивилисты.

Нередко негативное отношение к задатку-отступному высказывалось в доктрине.

Однако стоит, на наш взгляд, согласиться с мнением Н.Л. Дювернуа, который совершенно резонно замечал, что "для тех случаев, где обычный смысл задатка имеет не это значение премии, а *только отступного*, трудно сказать, насколько такое применение задатка способно именно ослаблять в общем надежность и безвозвратную силу договорных сделок, и насколько, наоборот, это применение задатка как отступного, содействует расширению договорного обмена. Хорошо разработанная система применения задатка, конечно, не произведет неблагоприятного действия на сознание обязательности договоров в культурном обществе. Весьма возможно, что опасения этого рода в немецких кодексах составляют результат полицейских задач, которые так часто влияли на кодификационные работы в Германии. Никто, конечно, не решится утверждать, что под действием во Франции понизилось уважение к обязательности договора. Точно так же трудно думать, что уважение к договорам в Германии находилось в какой-либо связи со статьями Прусского кодекса или нового уложения, принимающими значение задатка главным образом только как знамение состоявшегося единения".

Отличительной особенностью отступного-задатка является то, что оно прекращает обязательства сразу обеих сторон, в то время как общая модель отступного, предусмотренная в ст. 369 ГК РК, прекращает обязательство только стороны-должника.

Если исходить от обратного, то было бы нелогично, к примеру, если покупатель по договору поставки, отказавшись от исполнения обязательства по оплате, и считавший обязательство прекращенным путем оставления в пользу продавца задатка-отступного, скажем в размере 10, 20 или даже 50 % от стоимости товара, настаивал бы на исполнении обязательства продавцом. Либо же наоборот, поставщик, получивший полную оплату по договору, отступился бы путем возврата покупателю двойной стоимости задатка, скажем в размере 10 % от цены договора. Не подтверждает ли изложенное вывод о том, что задаток — это все же в первую очередь обязательство, опосредующее заключение договора? Если мы рассмотрим действие задатка-отступного на примере обеспечения исполнения обязательства по заключению договора, то все встанет на свои места: при неисполнении одной из сторон обязательства по заключению договора она утрачивает задаток, и обязательства обеих сторон прекращаются.

В отечественном законодательстве, как правило, выделялось три основных случая, когда имелась презумпция, что задаток может "ослаблять" обязательство: по задаточным распискам, при заключении предварительного договора, при участии в торгах. И действительно, при рассмотрении далее этих видов обязательств мы увидим, что в таких случаях совершенно нет никаких оснований для того, чтобы связывать стороны такими же жесткими узами, как если бы был заключен основной договор.

Взыскивать в таких случаях убытки сверх возвращенного, или уплаченного задатка, основания нет, поскольку, сама природа тех соглашений, в которых задаток используется в качестве заранее выданного отступного состоит в некоторой незавершенности договорного единения.

Что касается вполне законченных сделок, когда обеспечиваются не обязательства по заключению договора, а сам договор, то вполне обоснованно презюмировать задаток как средство, укрепляющее договор, то есть задаток-обеспечение. Если же используется задаток-отступное, то необходимо предусмотреть в законе специальное правило: отступиться от договора ценой утраты задатка возможно до начала исполнения обязательств каждой из сторон.

## 3. Использование задатка при обеспечении обязательств по заключению договоров и их исполнению

### 3.1 Общие положения об обеспечении «будущих» обязательств

Предметом предварительного договора являются обязательства сторон по заключению основного договора. Обеспечение обязательств по заключению договоров имеет давнюю традицию. Как уже отмечалось выше, в римском праве задаток мог служить не только знаком заключения договора и способом его обеспечения, но и средством понуждения к заключению другого договора. Ю. Барон, К. Анненков, А.Г. Гусаков и другие отмечали, что по римскому праву задаток мог служить обеспечением не самого обязательства, а его установления - arrha contractus imperfecto data. В таком случае, задаток исполняет значение средства принудить вступить в известный договор и обыкновенно присоединяется к pactum de contrahendo или к договору, заключение которого обусловлено соблюдением известной формы. Ю. Барон

отмечал: «в такой функции задаток выступает при pact, de contrahendo: давший arrha лишается задатка, если позднее уклонится от заключения договора, и получает двойное количество, если уклонится противная сторона»[39,с.206].

По французскому праву обеспечение предварительного обещания продать или купить является основным известным нам назначением задатка.

Как указывалось выше, в дореволюционном российском праве задаток активно использовался в предварительных отношениях, предшествовавших купле-продаже. В законодательстве задаток в предварительном договоре нередко рассматривали как одностороннее средство понуждения к заключению основного договора. Отношения, возникающие в случае заключения предварительного договора, — это правовые отношения в чистом виде. Из предварительного договора возникает одно-единственное обязательство - заключить основной договор. Приведенные им положения — это аксиома, не требующая доказательств. Формально-юридический анализ ст.390 ГК РК «Предварительный договор» дает основания утверждать, что содержание ее сконструировано в виде императивных норм, не влекущих двоякое их толкование любым заинтересованным лицом. Несмотря на изложенное, практика применения норм о предварительном договоре участниками гражданского оборота (как юридическими, так и физическими лицами), а также судебная практика с очевидностью свидетельствуют о наличии системных ошибок как при заключении и исполнении данного вида договора, так и при разрешении споров по данной категории дел.

Так, граждане М. и К. 18 ноября 2016 г. заключили нотариально удостоверенный «Предварительный договор», по условиям которого гр-н М. в день подписания договора передает жилой дом стоимостью 9 млн тенге, на право владения и пользования «по своему усмотрению» гр-ну К., который уплачивает в тот же день в качестве аванса 3 млн тенге «Стороне-1», т.е. собственнику дома. С этой же даты «Сторона-2» вселяется в дом, несет бремя оплаты коммунальных расходов, бремя содержания жилого дома, в том числе приобретает право проведения текущего ремонта, но без права проведения капитального ремонта дома. По условиям «Предварительного договора» стороны обязались заключить основной договор купли-продажи жилого дома не позднее 1 мая 2017 года.

Однако к указанному сроку гражданин К. оставшуюся сумму в 6 млн тенге оплачивать отказался, мотивируя отсутствием у него денег. 21 июня 2017 г. фактическим продавцом ему вручено уведомление с требованием о выселении и возврате дома.

Поскольку добровольно данное требование исполнено не было, собственник дома обратился в суд с иском о принудительном выселении ответчика и возмещении имущественного вреда, причиненного в результате незаконного проведения капитального ремонта, связанного с переоборудованием покупателем комнат и иных помещений, а также повреждением инженерных коммуникаций, оцененного истцом в размере 4 421 820 тенге.

Суд первой инстанции, ни на йоту не усомнившись в правильности правовой квалификации простыми гражданами и нотариусом рассматриваемого договорного правоотношения, рассмотрел данное гражданское дело как спор, возникший из предварительного договора[40]. Между тем, как явствует из материалов дела, рассматриваемый договор никак не может быть квалифицирован как предварительный. Это классический договор купли-продажи, по которому продавец передал покупателю объект договора - жилой дом, а покупатель в соответствии с достигнутым на момент заключения сделки соглашением сторон принял дом по акту приема-передачи, оплатил 1/3 часть стоимости покупаемого им объекта, а оставшуюся сумму обязался оплатить к обусловленному сторонами сроку - 1 мая 2017 года. Для полноты квалификации отметим, что данный договор относится к условным сделкам, т.к. момент перехода права собственности от продавца к покупателю был обусловлен датой оплаты оставшейся суммы от цены продаваемого имущества (ст. 238 ГК РК). В связи с невыполнением покупателем данного условия, продавец предъявил иск о расторжении договора на основании имевшего место факта невыполнения покупателем условия о моменте исполнения им обязанности о полной оплате стоимости товара по договору купли-продажи, а не по предварительному договору. Тем самым, все действия сторон подпадают под признаки сделки, регламентированной п.1 ст. 406 ГК РК, а не статьи 390 ГК РК.

В соответствии с п.6ст.390 ГК РК, обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор.

В рассматриваемой спорной ситуации отсутствуют оба основания для прекращения предварительного договора: ни одна из сторон на направила другой стороне предложение/требование о заключении основного договора, в то же время при наступлении указанного в Договоре срока, а именно до 1 мая 2017 года, ими не был заключен договор «купли-продажи жилого дома».

Исходя из фактических обстоятельств, несмотря на обозначение в Договоре участников сделки «сторона 1» и «сторона 2», фактический покупатель продолжает фактически проживать в купленном, но частично оплаченном им доме, а фактический продавец, не получивший в предусмотренный Договором срок остальную сумму в счет оплаты стоимости объекта договора купли-продажи (основного договора), в полном соответствии с положениями Главы 25 ГК РК требует расторжения ранее заключенного договора купли-продажи и возврата объекта договора путем принудительного выселения покупателя из занятого им объекта договора.

В результате ошибочного посыла логически неверным является и предмет заявленного иска, и решение суда. Предметом иска в данном случае являлись: выселение покупателя, т.е. расторжение договора купли-продажи, а также возмещение предстоящих имущественных расходов истца на приведение

продаваемого дома в прежнее состояние и ремонт поврежденной покупателем системы водоснабжения. Оба эти требования выходят далеко за пределы предварительного договора, являются стандартными требованиями, вытекающими из сделок купли-продажи, а не из предварительного договора. В случае нарушения условий предварительного договора стандартными требованиями являются: понуждение к заключению основного договора; возмещение убытков, понесенных сторонами в результате совершения действий по подготовке к заключению основного договора. Например, по одному из дел сторона, являющаяся будущим продавцом, обязалась принять меры по освобождению будущего объекта договора (жилого дома) от обременения залогом, с тем чтобы к моменту заключения основного договора дом был свободен от обременений и иных прав третьих лиц. Уплата стоимости части или всего объекта, передача объекта основного договора не могут входить в содержание договорного правоотношения, именуемого предварительным договором.

По другому делу 15.07.2016 года между гражданами У. и А. заключен предварительный договор купли-продажи земельного участка, по которому потенциальный продавец передал потенциальному покупателю сам земельный участок с правоустанавливающими документами, а покупатель уплатил продавцу полную стоимость земельного участка, которая была определена ими в сумме 30 600 000 тенге. При подготовке к подписанию предварительного договора выяснилось, что по земельному участку не произведены все соответствующие корректировки, продавец обязался эти корректировки произвести после подписания предварительного договора. Согласно пункту 3 предварительного договора стороны обязались заключить основной договор купли-продажи земельного участка через 4 дня, т.е. не позднее 19 июля 2016 года. Однако продавец, получив деньги, не являлся для подписания предварительного договора, документы о корректировке плана земельного участка не представил, в связи с чем 16.10.2016 года и 30.03.2017 года покупатель обращался к нему с претензией о заключении основного договора, а затем был вынужден предъявить в суд иск о понуждении продавца заключить основной договор купли-продажи земельного участка.

Ответчик в суде не отрицал факт получения им денег, но на момент подачи иска и своих обязанностей по корректировке границ земельного участка не выполнил. Однако судом отказано в удовлетворении требования истца о понуждении ответчика заключить основной договор купли-продажи и в то же время не решен вопрос о судьбе 30 млн 600 тыс тенге[41]. Суд мотивировал решение тем, что истец нарушил срок предъявления требования о заключении основного договора, направив его 16 октября 2016 г., тогда как, по мнению суда, в данном случае дата заключения основного договора, т.е. 19 июля 2016 г., является пресекательным сроком, и будущий покупатель должен был не позднее этой даты направить будущему продавцу предложение о заключении основного договора.

На самом деле в данной сделке покупатель полностью выполнил свои обязанности, предусмотренные для договора купли-продажи статьей 439 ГК РК, а продавец передал ему земельный участок, однако при этом не выполнил в обусловленный договором срок - 19.07.2016 г., обязанности, предусмотренные пунктом 2 статьи 408 ГК РК, а именно не передал в относящиеся к товару документы. В данном случае, как видно из решения суда, правоустанавливающие и идентификационные документы у продавца имелись, но в технический паспорт он должен был внести изменения в соответствии с фактической перепланировкой земельного участка.

Логично предположить, что покупатель был очень заинтересован в приобретении данного земельного участка и оформлении на него права собственности, поэтому предметом иска явилось не требование о расторжении договора и возврате уплаченной за данный объект недвижимости значительной суммы денег, а именно требование о понуждении к заключению основного договора в понимании покупателя. Если бы договор был квалифицирован сторонами верно и назван «Договор купли-продажи», то предметом иска в данном случае было бы понуждение ответчика к исполнению своих обязанностей, предусмотренных п.2 ст.408 ГК РК.

Судом не учтено, что срок действия данного «предварительного договора» предусматривал всего 4 дня, за которые вероятность изготовления нового технического паспорта на земельный участок была крайне сомнительной, т.к. обычный срок для оказания государственных услуг в сфере земельных отношений составляет 15 дней. А потому приведено не верное толкование о пресекательном сроке действия предварительного договора, который юридически не имел место в данной ситуации, для предъявления претензии «о понуждении к заключению основного договора».

Ведь исторически введение института предварительного договора в гражданские кодексы стран СНГ было вызвано необходимостью регламентации значительного объема действий сторон будущего основного договора, например, строительного подряда, когда для начала строительства необходимо совершение целого комплекса действий в течение довольно длительного времени. В частности, подготовка проекта, сметы, строительной площадки, поиск поставщиков и заключение договоров на поставку сырья, материалов, оборудования для будущего строительства и т.п. Все эти действия не охватываются рамками непосредственно договора строительного подряда, выходят за его рамки и в то же время они необходимы для своевременного заключения и исполнения будущего договора подряда. В этой связи нелогичным выглядит заключение не сведущими в юриспруденции сторонами «предварительного договора» на 4 дня.

Апелляционная инстанция восстановила справедливость по данному делу, постановив понудить ответчика к заключению договора купли-продажи, т.к. он, к тому же, утверждал, что денег для возврата покупателю у него не имеется, но и с земельным участок юридически не желал расставаться, а покупатель «не утратил интерес к заключению сделки». В то же время и

апелляционная инстанция не обратила внимания на неверную квалификацию рассмотренного договорного отношения.

Перечень таких решений судов можно продолжить.

В заключение еще раз акцентируем внимание на том, что правовая природа предварительного договора не предусматривает совершение участниками данного правоотношения действий, направленных на реальную передачу имущества, выполнение работ, оказание услуг и уплату денег, т.е. не предусматривает выполнение сторонами предварительного договора прав и обязанностей по будущему основному договору во время действия предварительного договора.

В предварительном договоре стороны могут предусматривать и способы обеспечения исполнения обязательств, но не по будущему основному договору, а по настоящему предварительному договору. Например, задаток должен обеспечивать права и обязанности сторон по вопросу о заключении будущего договора и в случае нарушения такой обязанности одной из сторон судьба задатка решается в зависимости от того, какая сторона виновна в незаключении основного договора.

Следует отметить, что предварительный договор может быть обеспечен в принципе любыми средствами, практически без ограничений, но именно задаток, на протяжении длительного периода времени, используется для обеспечения данных обязательств. Причина здесь видится в том, что помимо частичной или полной компенсации возможных убытков или штрафного значения (в случае если убытки не возникнут), задаток еще служит доказательством серьезности намерений контрагентов, которая выражается в том, что задаток, как правило, является частью платежа, и в восприятии контрагента обязательство с уплатой задатка начинает исполняться. Причиной также является быстрота оформления отношений, чего нельзя сказать о залоге, поручительстве, или скажем, банковской гарантии. Оперативность оформления имеет немаловажное значение для обеспечения обязательств по заключению договоров.

В настоящее время использование задатка для обеспечения предварительных договоров активно критикуется в научных публикациях. Основой для подобной критики служат: буквальное толкование редакции п. 1 ст. 337 ГК РК; узкий доктринальный взгляд на толкование трех знаменитых функций задатка и принципа акцессорности обязательств; а также тезис о том, что задатком могут обеспечиваться исключительно денежные обязательства, которые в предварительном договоре отсутствуют. О невозможности обеспечения предварительного договора задатком по вышеобозначенным доводам указывает Б. М. Гонгало. Аналогичные доводы высказываются и в других публикациях. В частности отмечается, что «...предварительный договор не порождает имущественных, а тем более денежных обязательств. Следовательно, в рамках данного договора платежная функция задатка реализована быть не может. Указание на то, что сумма, переданная будущим покупателем будущему продавцу при совершении предварительного

договора, засчитывается в счет платежей по основному договору, положения не меняет, ведь основной договор еще не заключен» [28, с.102]. Далее отмечается: «Таким образом, основной и предварительный договоры существуют в различном временном диапазоне. Реализовать функции задатка в рамках двух совершенно разных по своей правовой природе и временному бытию договорах невозможно. Такой вариант, как и вариант, когда задатком обеспечивается еще не возникшее обязательство, противоречит акцессорному (дополнительному) характеру правоотношения, основанного на соглашении о задатке. Последнее возникает и прекращается одновременно с основным и всегда следует его судьбе при правопреемстве. Оно не может «прыгать» с одного обязательства на другое или одновременно обслуживать несколько основных обязательств».

Высказанные позиции конечно небезосновательны, тем более что все они основаны на буквальном толковании п. 1 ст. 337 ГК РК. Однако в современной отечественной доктрине высказываются и другие позиции, которые хотя и не следуют буквальному тексту п. 1 ст. 337 ГК РК, но представляются более соответствующими классическим представлениям о задатке.

В связи с вышеизложенными позициями, следует отметить следующее:

Как было показано выше, со времен римского частного права задаток без особых проблем использовался как средство понуждения к заключению основного договора. Задаток, как способ обеспечения предварительных обязательств по купле-продаже, имел широчайшее распространение праве.

Принцип акцессорности, известный отечественной гражданско-правовой науке с незапамятных времен, не препятствовал классикам обеспечивать задатком предварительные договоры. Как нам кажется, здесь имеется некоторое видоизменение указанного принципа, что естественным образом вытекает из особенностей складывающихся правоотношений.

В этой связи следует отметить, что стороны все-таки связывают обязательство по обеспечению предварительного договора с будущим договором, которого еще нет. Ведь именно с той целью, что бы он был, и заключается предварительный договор. В предварительном договоре всегда формулируются основные черты будущего основного договора, а современное законодательство, более того, императивно требует, чтобы в предварительном договоре содержались все существенные условия основного договора (п. 3 ст. 390 ГК). Поэтому необходимо отметить, что в проекте будущий (основной) договор уже есть, хотя формально еще не существует. Но именно для его возникновения будущие контрагенты и выстраивают комбинации из предварительного договора и средств обеспечения. Поэтому, принцип акцессорности все же косвенно присутствует в рассматриваемых отношениях. Ведь есть существенная разница, между ситуацией, при которой обеспечиваемого обязательства вообще нет: - тогда все средства обеспечения теряют смысл, поскольку объективно нельзя обеспечивать «ничто»; и теми

ситуациями, когда это что-то имеется, хотя бы формально еще не существует в предусмотренной законом форме.

Проводя аналогии, можно отметить следующее: ничто не мешает наследственному праву защищать интересы еще не родившейся личности, даже при том условии, что, несмотря на высокий уровень развития современной медицины, ни один даже самый квалифицированный врач никогда не сможет однозначно заявить: родится ли будущий субъект прав живым или нет. Максимум, что могут сказать представители медицины: есть угроза жизни или нет.

В связи с изложенным возникает следующий вопрос: какие же объективные причины (не связанные с условным разделением двух договоров, необходимости обязательного присутствия платежной функции, ограничительном толковании принципа акцессорности, и т.п.) могут препятствовать обязательственному праву предусматривать конструкции превентивной защиты «еще не родившегося договора»? Заслуживающих внимания неустранимых причин, препятствующих защите рассматриваемых отношений, описанных в юридической литературе, встретить не удалось.

Другое дело, если основной договор не состоится, либо будет недействительным. Тогда вновь встанет вопрос об акцессорности. Однако этот вопрос неизбежно возникнет и в тех случаях, если такому договору не будет предшествовать предварительный договор. Данные вопросы успешно решены и в законодательстве, и в судебной практике.

Абстрагируясь от анализа задатка, рассмотрим действие принципа акцессорности на примере договора поручительства.

Имевшиеся в тексте договора поручительства сведения позволяли определить, по какому обязательству предоставлено обеспечение, сумма кредита не превысила предельную сумму, на которую было дано поручительство. Каких-либо других кредитных договоров под данное поручительство не заключалось.

Что касается ст. 292 ГК РК, которая в равной степени относится, как к задатку, так и к поручительству, а также и другим способами, предусмотренными законом или договором, принцип акцессорности выражен в указанной норме лишь в следующем:

1. Недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности этого обязательства (основного обязательства).

2. Недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом.

Соответственно, из указанной нормы не следует, что акцессорное обязательство не может быть заключено раньше основного.

Представляется, что нет никаких оснований для того, чтобы применять к указанной норме расширительное толкование, поскольку это не идет на пользу коммерческому обороту, а лишь неоправданно ограничивает последний.

Другой аспект рассматриваемой проблемы состоит в том, что, по сути, обеспечивается не столько будущий основной договор, сколько обязательство сторон заключить указанный основной договор, которое не является денежным. Однако денежным является одно из обязательств основного договора, в зачет которого и поступает сумма задатка в случае, если основной договор будет заключен (а, следовательно, сумма задатка не пойдет в счет исполнения своей обеспечительной функции по предварительному договору).

Таким образом, три функции задатка как бы распределяются между двумя взаимосвязанными договорами: предварительным и основным. Переход суммы задатка из одного обязательства (предварительного договора) в другое (основной договор) это своего рода зачет по умолчанию, который может быть предусмотрен и сформулирован в законе. И тогда, надуманная проблема о невозможности использования задатка для обеспечения предварительных договоров окончательно снимется. Хотя по существу ее и так нет.

В современных условиях составить договор купли-продажи недвижимости, или предварительный договор купли-продажи недвижимости не составляет большого труда. Однако до момента тщательной проверки всех аспектов приобретаемой недвижимости потенциальные покупатели не стремятся связывать себя узами договора, предпочитая на период проверки информации рисковать меньшей суммой.

Не исключается возможность проработки в отечественном законодательстве существования односторонних обязательств по заключению основного договора, например, обеспечение одностороннего обязательства продать или одностороннего обязательства купить, однако в этом случае задаток так же будет сформирован как средство одностороннего обеспечения.

### 2.2. Использование задатка на преддоговорной стадии

Нередко бывают случаи, когда необходимо придать некую стабильность отношениям еще до момента заключения предварительного договора, либо предварительный договор по ряду причин не заключается. Причины могут быть различны, например:

1. Не выработаны еще все условия контракта (в данном случае речь может идти лишь о так называемых инициативных существенных условиях, включаемых в договор по инициативе сторон, которые в силу различных причин еще не сформулированы).
2. Все условия согласованы, но требуется облечь договор в определенную форму, как правило, нотариальную. Либо для вступления договора в силу требуется государственная регистрация.
3. До подписания договора требуется совершить определенные действия, например, провести корпоративные процедуры; получить необходимые справки, сертификаты, лицензии, согласие антимонопольных органов;

проверить объект недвижимости на так называемую юридическую чистоту; провести аудит, инвентаризацию и так далее.

Все описанные ситуации требуют различного подхода, но, тем не менее, есть в них один общий момент: основного договора, либо предварительного договора (в понимании действующего законодательства) еще нет. Однако обе стороны, уверяя друг друга всеми доступными средствами, выражают намерение в эти договоры вступить и активно начинают совершать различные действия, направленные на достижение этой цели (проводят переговоры, получают согласие антимонопольных органов и т.д.).

Основные вопросы, которые необходимо решить до того, как приступить к рассмотрению вопроса о возможности применения каких-либо способов обеспечения на данной стадии, заключаются в следующем:

- Должны ли отношения сторон до заключения договора вообще регулироваться правом? Или данные отношения сторон могут и должны развиваться хаотично, вне правового регулирования?
- Возможны ли какие либо обязательства сторон на этапе переговоров или нет?

Поскольку полноценные научные исследования по вышеизложенным вопросам выходят за рамки моей работы, мы лишь ограничимся кратким обзором имеющихся взглядов по данной проблематике. И даже, возможно, не охватим все их многообразие.

В последнее время внимание цивилистов всего мира обращено к проблеме преддоговорной ответственности. Однако указанная проблема обязательственного права отнюдь не нова и не является порождением современного оборота. В 19 веке эта тема была достаточно полно разработана в немецком праве. В трудах Н.Л. Дювернуа, который ввел понятие «явления не вполне законченных договорно- обязательственных волеизъявлений»[24,с.77]. Указанный автор по этому поводу отмечал: «Одним из первых разработчиков идеи защиты интересов контрагирующего по несостоявшемуся еще контракту являлся Рудольф Иеринг. Им создано учение о некоторой обязательной в деловых сношениях бдительности, отступление от которой налагает на виновного в этой небдительности, culpa in contrahendo, *обязанность отвечать за так называемый* отрицательный интерес договора. Смысл его в том, что в известных случаях, потерпевший от отозвания оферты акцептант может требовать с содействием суда не выполнения того, что еще не было окончательно договорено, а возмещения интересов, которые ему вознаградил бы состоявшийся договор. Чтобы возместить свои потери, акцептант имеет: а.) доказать виновность оферента в небрежности *culpa in contrahendo,* и б.) установить размеры его интереса в наступлении непоследовавшего единения.

Р. Иеринг разделил основания преддоговорной ответственности на следующие подвиды: а.) невозможность заключения договора одной из сторон; б.) невозможность исполнить договор; в.) порок воли сторон(ы) при заключении договора, и первым установил границу между основаниями

преддоговорной ответственности, возникающей по причине недействительности заключенного договора и вследствие незаключения договора[42,с.18].

В последнее время в мире наблюдается тенденция к усложнению процедуры, предшествующей заключению договоров. Причинами этого являются в том числе: "активизация экономической жизни, появление новых договорных видов, рост числа договоров на очень большие суммы, а также то, что увеличивается количество договоров, стороны которых ни разу не встречаются лично в ходе договорного процесса» [21, с.19].

В ходе переговоров по некоторым сделкам часто не применяются оферты или контроферты, которые могла бы акцептовать одна из сторон, а происходит постепенный процесс, в ходе которого стороны достигают договоренности поэтапно, в несколько раундов, несколько раз обмениваясь проектами договора. В ходе этого процесса нередко подписываются предварительные и иные промежуточные соглашения, фиксирующие определенные договоренности сторон, относящиеся к предмету будущего «основного» договора или регулирующие непосредственно переговорный процесс (соглашения о конфиденциальности, об эксклюзивности переговоров, о добросовестном ведении переговоров и иные).

Часто общие договоренности относительно наиболее принципиальных положений будущего соглашения достигаются в результате переговоров высшего руководства сторон, выработка же конкретных условий поручается юристам и иным службам».

Как отмечает А.С. Комаров, «в соответствии с современными воззрениями на коммерческий оборот, фактическое начало переговоров о заключении договора, или вступление в подготовительный, направленный к началу таких переговоров деловой контакт, возлагает на контрагентов повышенную обязанность быть тщательным и осторожным по отношению к другим лицам. За нарушение этой обязанности, контрагенты должны нести ответственность в такой же мере, как и за нарушение обязанностей, возникающих из договора.

Такой подход обосновывается тем, что лицо, вступившее с другим лицом в правовую связь, обычно ожидает, что оно будет сотрудничать с имеющим добросовестные помыслы, лояльным контрагентом. Такое общее «предположение добросовестности» заслуживает правовой защиты, поскольку без него нормальное развитие делового оборота было бы невозможно»[43,с.47].

Таким образом, и современная доктрина, и законодательство признают необходимость регулирования преддоговорных отношений. Законодательство среди многообразия поименованных в ГК РК договоров, ограничивается регулированием преддоговорной ответственности пока лишь применительно к договору поставки, договору купли-продажи предприятия и ряду других.

Теория преддоговорного процесса, не допускавшая вмешательство в отношения сторон на преддоговорном этапе, постепенно уходит в прошлое. Уже не первый век цивилисты признают необходимость правового регулирования отношений будущих контрагентов на преддоговорной стадии и пытаются разработать адекватные механизмы для возложения ответственности на недобросовестную сторону. Усложнение договорных связей в современном обороте лишь усугубило данную проблему. Что касается современного оборота, то в условиях, когда многие предприниматели нисколько не заботятся о своем добром имени и деловой репутации, прерваны вековые традиции обычаев делового оборота и честной деловой практики, - разработка концепции преддоговорной ответственности и способов обеспечения подобной ответственности актуальна как нигде в мире.

Цивилисты, базируясь на теории Р. Иеринга, разделяют преддоговорную ответственность, возникающую вследствие недействительности заключенного договора, например, договоры, заключенные под влиянием обмана и заблуждения, и ответственность, возникающую вследствие незаключения договора. Первый вид ответственности закреплен в праве многих стран, в том числе в РК. В настоящей работе я его не буду рассматривать, поскольку подобные правоотношения давно и небезуспешно регулируются в отечественном законодательстве. Что касается второго вида, то в настоящее время в законодательстве отсутствуют какие-либо нормы, регулирующие подобную ответственность (кроме некоторых статей: ст. 390 ст. 399 ГК РК и других). В том числе отсутствует законодательно закрепленная обязанность добросовестного поведения на данной стадии.

Можно выделить следующие основания для возникновения подобной ответственности:

- Прекращение переговоров без достаточных оснований (кроме случаев, когда при дальнейшем ведении добросовестных переговоров заключение договора невозможно).
- Нераскрытие информации, которая имеет существенное значение для принятия другой стороной решения и влияет на процесс заключения договора (например, сокрытие от другой стороны информации об обстоятельствах, делающих заключение договора невозможным).
- Молчание в ответ на предложение заключить договор или на предложение изменить условия будущего договора (в законодательстве ряда стран существует обязанность ответить отказом на поступившее предложение, если на основании обычая, деловой практики оферент имеет право ожидать ответа о том, что его предложение неприемлемо, либо в случаях, когда лицо само запросило это предложение). В гражданском праве подобная обязанность встречается в законодательстве применительно к договору поставки.

> Параллельное ведение переговоров сразу с несколькими контрагентами, на стадии, когда у контрагента могло обоснованно сложиться впечатление о том, что договор будет заключен именно с ним.

Термин преддоговорная ответственность не означает особую форму ответственности и характеризует только временной промежуток («преддоговорный»), недолжное поведение в ходе которого привело к возложению такой ответственности. С точки зрения юридической квалификации, различные правовые системы признают преддоговорную ответственность договорной, деликтной, квазидоговорной или квазиделиктной ответственностью.

На данный момент все правовые системы признали, что в основе преддоговорной ответственности лежит нарушение обязанности добросовестного поведения на преддоговорном этапе. Наиболее защищены стороны переговоров в случае, когда законодательство возлагает на потенциальных контрагентов общую обязанность добросовестного поведения на преддоговорной стадии, однако такая общая обязанность закреплена только в некоторых правовых системах. РК, к сожалению, к их числу пока не относится. В итоге единственной возможностью урегулировать рассматриваемые отношения является закрепление подобной обязанности в соглашении. Возможность заключения договоров, не предусмотренных законом, вытекает из п. 2 ст. 380 ГК РК.

Противоречий со ст. 390 ГК РК, регулирующей положения о предварительном договоре, в данном случае не возникает, поскольку предметом предварительного договора являются обязанности сторон заключить основной договор, соответственно, в случае его нарушения предметом исковых требований будет являться требование о понуждении заключить договор. Из преддоговорных же соглашений в подавляющем большинстве случаев вытекает лишь возможность требовать возмещения отрицательного договорного интереса.

В западной практике выработано немало соглашений, фиксирующих предварительные договоренности и регламентирующих порядок дальнейшего ведения договорного процесса. Это так называемые: letter of intent; memorandum of understanding; heads of agreement; letter of understanding; memorandum of intent и так далее. В практике так же известны «соглашения об эксклюзивности», «меморандумы о намерениях» и другие аналогичные документы. Нередко в них включаются и соглашения о гарантиях, в том числе путем обеспечения задатком. Огромное распространение получила подобная практика также среди риэлтеров.

На этом этапе от будущего плательщика нередко требуют внесения части цены в счет платежей по будущему обязательству, с последствиями аналогичными задатку. Иногда и сам плательщик настойчиво предлагает потенциальному контрагенту часть денежной суммы вперед с той целью, чтобы его контрагент прекратил переговоры с остальными претендентами.

С тем, чтобы вышеизложенное не казалось чрезмерно оторванным от реальности, следует заметить, что на торгах задаток также выплачивается в счет еще не существующего обязательства, когда основного договора купли-продажи (или аренды, подряда и т.д.) еще нет. В то же время договор между организатором и участником торгов не подразумевает исполнение по основному договору, о заключении которого проводятся торги. Более того, до завершения торгов никогда не бывают согласованными все существенные условия, так как договор заключается с лицом, предложившим наивысшую цену, либо наиболее выгодные условия при проведении конкурса.

Рассматривая виды и юридическую природу преддоговорных соглашений, исходит из того, что при анализе таких соглашений необходимо установить: (1) считали ли стороны себя связанными обязательствами в результате заключения такого преддоговорного соглашения; (2) наличествует ли в таком преддоговорном соглашении самостоятельный предмет. При положительном ответе на оба вопроса преддоговорное соглашение следует признать юридически обязательным для сторон.

Иногда стороне, вступающей в длительный процесс переговоров, и добросовестно приостанавливающей переговоры с иными лицами, необходимо убедиться в том, что потенциальный контрагент взаимно добросовестен. При этом нередко встает вопрос о гарантиях.

1. В практике нередко имеют место случаи, когда потенциальный покупатель вносит потенциальному продавцу некоторую сумму денежных средств (обычно от 5% до 20% цены сделки), сразу же после того, как будут согласованы условия о предмете и иные существенные условия, указанные в законе и необходимые для договоров данного вида. Одновременно, как правило, потенциальный продавец дает расписку о том, что получил некоторую сумму денег (не совсем понятной юридической природы), иногда называемой задатком, и подписывается меморандум о намерениях или договор об эксклюзивности. Предварительный договор при этом не заключается, поскольку не проработаны еще пока все существенные условия будущего договора, как того требует ст. 390 ГК РК, либо необходимо время для совершения определенных действий, для того, что бы облечь договор в требуемую законом форму или получить согласие различных органов. Далее стороны продолжают переговорный и подготовительный процессы, которые нередко длятся несколько месяцев. Стороны в более спокойной обстановке начинают решать вопросы о способах расчетов, распределении взаимных рисков и другие, с целью нахождения решений, которые бы устраивали обе стороны. Также без ненужной суеты совершают иные, необходимые для заключения договора процедуры, например, получают согласие антимонопольных органов, проводят необходимые корпоративные мероприятия, при необходимости инвентаризацию, аудит и так далее. В сделках по отчуждению недвижимости на этом этапе объект недвижимости проверяется на так называемую юридическую чистоту, собираются необходимые справки (согласие органа опеки и попечительства на

совершение сделки, справка об отсутствии задолженности за коммунальные платежи, и множество других), подыскиваются варианты для последующей покупки или обмена недвижимости.

Подписанные сторонами преддоговорные соглашения различного рода не будут являться основанием для взыскания убытков от несостоявшегося договора в российских судах, поскольку, во-первых, в отечественном законодательстве практически все, что предшествует предварительному договору, никоим образом не защищается, во-вторых, доказывать и взыскивать убытки от несостоявшейся сделки весьма проблематично. Тем не менее, вступая в переговоры стороны несут определенные финансовые затраты, которые в некоторых случаях весьма значительны: оплачивается работа юристов, аудиторов, государственные пошлины за получение различных согласований и справок, командировочные и представительские расходы, и т.д. Кроме того, вступая в переговоры с недобросовестным контрагентом, добросовестная сторона, весьма вероятно, понесет убытки от того, что откажется от других предложений, существовавших на рынке в момент перехода переговоров в решительную стадию. Поэтому будущим контрагентам ничего не остается, как заранее попытаться обеспечить возмещение возможных убытков и получить от контрагента какие-либо доказательства, подтверждающие намерение контрагента вступить в предполагаемый договор. В этом аспекте интересно рассмотреть возможность использования конструкции задатка в счет обеспечения неполноценных преддоговорных «полуобязательств».

Если при обеспечении существующего обязательства причина использования задатка связана с недоверием к имущественной сфере должника, то при обеспечении еще не возникших обязательств, причиной является недоверие к намерениям будущего контрагента, а точнее, серьезности намерений будущего контрагента вступить в договор, а также минимизация убытков в случае изменения конъюнктуры цен и срыва сделки. Однако меморандум о намерениях не является основанием для осуществления платежей. В отечественной доктрине нередко отмечается, что авансирование еще не заключенного договора возможно, а обеспечение его задатком нет. Причина видимо состоит в том, что аванс, в случае если обязательство не состоится, возможно будет затем взыскать как неосновательное обогащение. Задаток также можно будет взыскать как неосновательное обогащение, но лишь в размере задатка (плюс % по ГК). Однако в этом случае отчасти смысл задатка теряется, так как задаток не будет выполнять свою обеспечительную роль в отношении задаткодателя, поскольку проблематично будет определить: подлежит ли задаток удержанию или возврату в двойном размере в виду проблематичности установления субъекта, ответственного в том, что не произошло единение воль, будущих контрагентов.

Решение выше обозначенного вопроса не относится лишь к проблематике применения способов обеспечения, а является центральным вопросом для основания возложения преддоговорной ответственности,

причем независимо от того, будет ли указанная ответственность обеспечиваться, либо будут взыскиваться убытки в обычном порядке.

В зарубежной литературе по этому поводу отмечалось, в частности, следующее: "Ни одна из сторон не может прекратить переговоры без достаточных на то оснований, и в то же время ни одна из сторон не может быть принуждена к заключению договора, если по результатам добросовестных переговоров заключение договора невозможно"[42,с.18].А.Н. Кучер в этой связи отмечает: "В ряде случаев сторона, прекращающая переговоры, может использовать в качестве предлога несогласие второй стороны на предлагаемые ей явно неразумные условия. Встречается также применение в ходе переговорного процесса недобросовестных приемов, в результате использования которых заключение договора становится невозможным (например, нежелание выработать компромиссные решения (так называемая позиция take-it-or-leave it)).»

Для разграничений подобных ситуаций доктрина и зарубежная судебная практика выработали следующий подход: "если сторона прервала переговоры или заняла неконструктивную позицию на начальной стадии, то суд в большинстве случаев, согласится с тем, что она вправе выйти из переговорного процесса. Но если переговоры были прерваны на заключительном этапе, когда практически все условия согласованы и контрагенты близки к заключению договора, наиболее вероятно, что суд признает невозможность прекращения переговоров одной из сторон без существенных причин". Не исключено, что подобный подход мог бы быть использован и при обеспечении преддоговорных отношений задатком, если такое обеспечение допускать. Кроме того, при разрешении судебных споров по преддоговорной ответственности очень большое значение может сыграть доказательственная функция задатка. Выдача задатка будет свидетельством того, что переговоры перешли в ту стадию, когда стороны желают считать себя связанными определенными обязательствами. В таких ситуациях при недобросовестности одной из сторон culpa in contrahendo будет наиболее ярко выражена.

Согласно п. 2 ст. 390 ГК РК предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора. Несоблюдение правил о форме предварительного договора влечет его ничтожность. Из указанной нормы сложно сделать однозначный вывод о том, что понимается под словосочетанием «установленной для основного договора» - форма, установленная законом, или в том числе форма, установленная соглашением сторон. Следовательно, под сомнение может быть поставлена возможность обеспечения задатком обязательств сторон, совершенных в простой письменной форме, по облечению соглашения сторон в нотариальную форму. Хотя ни публичных, ни частных интересов, такое обязательство нарушать в этом случае не будет.

Однако нужно различать, что будет обеспечиваться в данном случае: сама недействительная по причине несоответствия формы сделка или обязательство облечь сделку в требуемую форму?

Использование задатка до момента облечения договора в нотариальную форму (когда такая форма императивно не установлена законом) или до момента государственной регистрации сделки в принципе возможно. Конструкция задаточного обязательства, в соответствии с которым сторона, уклоняющаяся от нотариального удостоверения или государственной регистрации договора, теряла задаток либо возвращала его в двойном размере, имела широчайшее распространение в отечественном правопорядке.

Что касается сделок, требующих государственной регистрации, то здесь законодатель преследовал другую цель - придать отношениям публичность. Здесь уже не так актуален вопрос о защите слабой стороны сделки. Следовательно, не должно быть ограничений для использования задатка как средства понуждения к представлению договора на государственную регистрацию. Для правового оформления указанных отношений может быть использован предварительный договор, обеспеченный задатком.

Далее следует рассмотреть случаи, когда до подписания договора требуется совершить определенные действия (например, провести корпоративные процедуры; получить необходимые справки, сертификаты, лицензии; получить согласие антимонопольных органов; проверить объект недвижимости на так называемую юридическую чистоту; провести аудит, инвентаризацию и так далее).

Когда мы говорим о процедурах, исполняемых на стадии переговоров, следует согласиться с мнением о том, что «сторона обязана не заключить, а заключать договор (предпринимать все усилия для того, чтобы договор был заключен). В этом состоит кардинальное отличие соглашения о ведении переговоров от договора с открытым условием или предварительного договора».

В рассматриваемой группе отношений также не во всех ситуациях, на наш взгляд, можно допустить использование задатка, например, при необходимости проведения корпоративных процедур, результатом которых является согласие или не согласие общего собрания общества на совершение сделки. Если предусмотреть, что в случае неодобрения сделки задаток возвращается, то здесь, скорее всего он не будет реализовывать свою обеспечительную функцию. Если же предусмотреть, что в случае не одобрения сделки задаток возвращается в двойном размере, то необоснованно может понести убытки общество - задаткополучатель. Кроме того, на общество будет оказываться давление посредством того, что в случае непринятия решения об одобрении сделки, оно понесет невыгодные материальные последствия. Поэтому в таких преддоговорных отношениях применение задатка как средства двустороннего обеспечения, на наш взгляд, неприемлемо. Однако в рассматриваемых отношениях возможно допустить применение односторонней конструкции задатка, обеспечивающей

обязательства одного задаткодателя. Существенным условием такого обязательства, как нигде должен быть указан срок, в который задаткополучатель должен провести корпоративные процедуры, с целью ограничения возможности бесконечно долго удерживать и использовать чужие денежные средства.

Обстоятельства, препятствующие заключению предварительного договора, существуют также при осуществлении подготовительных действий, необходимых для заключения договора купли-продажи предприятия.

Согласно п. 2 ст. 495 ГК РК до подписания договора продажи предприятия должны быть составлены и рассмотрены сторонами: акт инвентаризации, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, а также перечень всех долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований.

Согласно ст. 494ГК РК договор продажи предприятия заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (пункт 2 статьи 394), с обязательным приложением к нему документов, указанных в пункте 2 статьи 495 ГК РК. Несоблюдение формы договора продажи предприятия влечет его недействительность.

Таким образом, в случае если потенциальный покупатель изъявит желание принять участие в действиях по подготовке предприятия к продаже, что в зарубежной деловой практике является обычным делом, то сторонам сложно будет оформить свои отношения каким-либо из предусмотренных в ГК РК способов.

При наличии специального регулирования задаток мог бы, на наш взгляд, обеспечивать преддоговорные отношения сторон. В этом случае соглашение о задатке представляет собой самостоятельное обязательство, не связанное с последующей возможностью требовать заключения договора. Из указанного обязательства может лишь вытекать требование о взыскании задатка (в однократном или двукратном размере соответственно), в случае, если искомый договор не будет заключен по вине одной из сторон. Рассмотрение судебных споров по взысканию задатков аналогично рассмотрению споров о возложении преддоговорной ответственности, критерии определения которой отчасти выработаны в зарубежной судебной практике. Обеспечение преддоговорной ответственности задатком не вносит дополнительных усложняющих элементов в рассмотрение указанных споров, а наоборот, облегчает судебное разбирательство, поскольку размер задатка можно трактовать как минимально определенный сторонами размер убытков, а доказательственная функция задатка позволяет определить момент, с которого стороны готовы считать себя связанными преддоговорными обязательствами. Решение именно этих вопросов является наиболее сложным при рассмотрении преддоговорных споров. Таким образом, при обеспечении преддоговорной ответственности задатком, рассмотрение споров о возмещении отрицательного договорного интереса значительно облегчается.

**Задаток в сделках купли-продажи недвижимости**

В последние несколько лет в литературе активно дискутируется вопрос о возможности обеспечения задатком договоров по приобретению недвижимости. Речь идет в первую очередь о предварительных отношениях, связанных с заключением договоров купли-продажи жилых помещений, которые, согласно ГК, вступают в силу с момента государственной регистрации. Несмотря на доминирующие позиции, согласно которым задаток в том виде, как он сформулирован в ст. 337 ГК РК, неприменим к данным правоотношениям, участники оборота с завидным упорством применяют задаток для обеспечения различных видов соглашений, опосредующих приобретение недвижимости.

Использование задатка с момента выражения намерения приобрести квартиру до заключения договора купли-продажи может быть обусловлено различными причинами. Одной из таких причин является проверка объекта недвижимости на так называемую юридическую чистоту.

Обязанность покупателя по проверке юридического статуса объекта покупки вытекает из контекста ст. 261 ГК РК, - не исполнение указанных действий может явиться в будущем основанием для отказа в признании лица добросовестным приобретателем. В отечественном правопорядке сроки проверки информации о предмете предполагаемой сделки могут варьироваться от недели и более. Так, согласно Закону РК от 26 07 2007 года

№ 310-III ЗРК " О государственной регистрации прав на недвижимое имущество", информация о зарегистрированных на объект недвижимости правах предоставляется органом, осуществляющим государственную регистрацию[44]. Помимо выписки из единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним требуется также получение информации из других органов: бюро технической инвентаризации, органа опеки и попечительства, и т.п., где сроки предоставления информации еще более значительны, а нередко и неопределённы.

Продавцам же, как правило, в таких ситуациях не терпится получить деньги. Часто в условиях ограниченного предложения объектов недвижимости на рынке, на один и тот же объект претендуют несколько покупателей, в связи с чем, между ними существует конкуренция: кто больше заплатит и «первее» договорится с продавцом. Продавцу конечно пустые обещания ни к чему, тем более, когда имеется несколько претендентов. Кроме того, продавец, опасаясь мошеннических действий, не желает раскрывать всю информацию перед каждым, кто обратиться к нему с предложением о покупке. В свою очередь покупатель не желает рисковать всей суммой в период, когда в отношении покупаемого объекта еще так много неясностей. В результате будущие контрагенты и договариваются о передаче некоторой суммы денег в доказательство серьезности намерений заключить договор, обеспечение выполнения указанных «обязательств» и в счет причитающихся

по будущему договору платежей, поскольку на период проверки информации и подготовки документов сторонам необходимо достичь некоторой определенности относительно планируемой сделки. Подобные отношения нередко оформляются либо распиской продавца о получении задатка, либо договором, подписываемом обеими сторонами.

Риэлтеры также часто используют задаток в сложных многосторонних альтернативах, когда двум, трем и более сторонам необходимо подобрать варианты объектов недвижимости для купли-продажи. При этом необходимо обеспечить, чтобы за этот период времени ни одна из сторон не отказалась от сделки, иначе рухнет вся цепь сделок, и риэлтеру возможно придется отвечать за срыв сделки перед другими участниками цепочки. Риэлтерам задаток также позволяет отграничить момент, с которого покупатель готов считать себя связанным предварительным соглашением, от момента простых переговоров, в чем также проявляется доказательственная функция задатка.

Для оформления указанных отношений целесообразно использование предварительного договора с правом покупателя на односторонний отказ от исполнения обязательства в порядке, предусмотренном ст. 401, ст. 273, п. 2 ст. 379 ГК РК, в том случае, если в ходе проверки выяснится, что характеристики приобретаемого объекта недвижимости не соответствуют заявленным в договоре, либо по иным указанным в договоре основаниям. Если такого права в договоре не предусмотрено, то возможно обращение с иском о признании договора недействительным по основаниям, предусмотренным в ст. 159 ГК РК. В предварительном договоре купли-продажи возможно предусмотреть обеспечение задатком, используемым в значении отступного, с подробнейшим указанием характеристик продаваемого объекта. При этом факт неподтверждения характеристик объекта недвижимости заявленным, либо выявления негативной информации, которая потенциальному покупателю не сообщалась, может быть предусмотрен в соглашении в качестве условия для возврата задатка: либо в двойном размере, либо в размере, полученном задаткополучателем, с начислением процентов за пользование чужими денежными средствами. В случае, если договор купли-продажи все же будет заключен между сторонами, задаток автоматически засчитывается в счет исполнения обязательства по оплате приобретаемой недвижимости. Задаток мог бы также обеспечивать обязанность сторон по представлению на государственную регистрацию основного договора (при условии, что обеспечительная функция задатка не будет толковаться столь узко, как это нередко имеет место в российской практике).

Довольно часто лица, продающие принадлежащие им жилые помещения, делают это с целью приобрести взамен другое. Моменты нахождения потенциального контрагента для продажи своей квартиры и нахождения приемлемого предложения по покупке недвижимости взамен, не совпадают. Из-за постоянного роста цен на квартиры, немногие рискуют продавать свою недвижимость, не договорившись заблаговременно о

предстоящей покупке. По этой причине, продавец жилого помещения, достигнув устной договоренности с покупателем о продаже своей квартиры, не готов заключать с ним договор купли-продажи, даже предварительный. Стороны составляют соглашения о задатке, определив его в размере максимально допустимого для них финансового риска. Из указанных соглашений не следует обязанность заключить договор, а вытекает лишь право удержать за собой задаток, или требовать его возврата в двойном размере в случае, если договор не будет заключен.

Социально-экономической основой подобных отношений служат: дефицит объектов недвижимости; постоянный, стремительный рост цен на квартиры; большое количество мошенничеств в данной сфере, которые, к сожалению, в большинстве случаев остаются безнаказанными; отсутствие конкуренции на строительном рынке; непредвиденные колебания курсов рубля по отношению к мировым валютам, а также отсутствие специального законодательного регулирования риэлтерских услуг. Вопрос при этом стоит достаточно остро, если при этом учесть, что нередко затрагивается конституционное право граждан на жилище. Как видно, выше обозначенные мотивы применения задатка в рассмотренных отношениях не несут в себе ничего противоправного.

Тема, затронутая выше, заслуживает отдельного самостоятельного исследования, поэтому в настоящей работе не представляется возможным проработать ее в полном объеме, а можно лишь сделать отдельные замечания о чертах задатка применяемого в указанных отношениях.

На наш взгляд, данный вид задатка следует диспозитивным образом установить в значении отступного. Существует необходимость указать в законодательстве специальные случаи, при которых будущий покупатель может отказаться от покупки данного объекта недвижимости, не неся при этом неблагоприятных последствий в виде потери задатка. Например, установить, что помимо общих оснований, освобождающих от ответственности, закрепленных в ГК, задаток не теряется также в случаях:

- выяснения неблагоприятной информации о квартире, которая не сообщалась покупателю при передаче задатка, в том числе выяснения информации, не позволяющей покупателю считаться добросовестным приобретателем;
- неявки стороны для заключения договора по причинам, не зависящим от лица: болезни (своей или тяжелой болезни близких родственников); иных непреодолимых препятствий: лишение свободы, военные действия, карантин, внезапное разорение и т. д.

Необходимо предусмотреть повышенную ответственность за неправомерное удержание задатка или возврата его двойного размера, например, в виде законной неустойки за несвоевременный возврат задатка.

В настоящей работе не предлагается возродить правовое регулирование отношений по задаточным распискам, существовавших сто и более лет назад, однако предлагается обеспечить правовым регулированием, с учетом

современных особенностей, те отношения, которые возродились в действующем гражданском обороте сами собой. И что особенно важно, указанные отношения не нарушают ни публичного, ни частного интереса. Возможность легального использования задатка для обеспечения отношений по приобретению недвижимости даст возможность участникам рассматриваемых отношений более тщательно подготовиться к сделке, что, возможно, будет способствовать уменьшению числа исков, связанных с недействительными сделками (например, совершенных под влиянием обмана или заблуждения ст. 158, 159 ГК РК), а так же виндикационных исков. Конечно, неминуемо могут возникнуть судебные споры по взысканию задатков. Однако можно с уверенностью утверждать, что это гораздо менее сложные категории дел, при которых достаточно будет установить: в обеспечение заключения какой сделки передавался задаток; кто виноват в том, что сделка не заключена; имеются ли основания для возврата задатка вследствие уважительности причин, повлекших отказ от заключения сделки; передавался ли задаток фактически задаткополучателю.

В то время как при рассмотрении споров о признании сделок недействительными, или споров о виндикации, помимо того, что сам круг обстоятельств, подлежащих доказыванию гораздо шире и сложнее, дополнительно возникают достаточно сложные вопросы о последствиях признания сделки недействительной или виндицирования.

Можно предположить, что при использовании субъектами гражданского оборота возможности наиболее лучшим образом подготовиться к столь значимой сделке, уменьшится количество трагедий, связанных с ситуациями, когда у покупателя виндицируют поспешно купленную квартиру, а вернуть уплаченные за нее деньги некому, так как "продавец" скрылся, либо продавец - юридическое лицо ликвидировано, либо у «продавца» отсутствует какое-либо имущество, за счет которого, покупатель мог бы возместить причиненные ему убытки.

Интересными представляются предложения по разработке модели задатка, вносимого в депозит нотариуса или риэлтерского агентства. Подобные варианты предлагаются, в частности, на Украине.

Предлагается следующая схема взаимоотношений: продавец и покупатель (обе стороны) вносят задатки в счет обеспечения заключения договора купли-продажи недвижимости. В соглашении о задатке помимо существенных условий договора купли-продажи указывается точное время и место совершения сделки (как правило, у того же нотариуса). При наличии в договоре, соответствующего условия, нотариус в случае неявки делает исполнительную надпись, которая является основанием для взыскания задатка. Часть денег можно оставить на депозите до момента исполнения договора, в качестве обеспечения штрафных санкций. По мнению, указанных авторов, это позволит не только бороться с мошенничеством, обеспечить защиту продавца и покупателя, но и обеспечить надлежащее, грамотное заключение основного договора.

На наш взгляд следует согласиться с подобным предложением. Однако подобную конструкцию целесообразно будет закрепить в законодательстве диспозитивным образом.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Задаток (arrha) как способ обеспечения исполнения обязательств берет свое начало еще со времен римского гражданского права. Предположительно задаток появился в гражданском (торговом) обороте как обычай, закрепляющий договор между сторонами, не позволяющий сторонам просто

так (без ответственности) отказаться от договора, как они могли бы это сделать до передачи задатка

В современном отечественном обороте, не смотря на пробелы в законодательном регулировании, задаток используют по-прежнему, в различных видах, однако в качестве непоименованных способов обеспечения. Указанные обстоятельства свидетельствуют о том, что по своей природе конструкция задатка является многофункциональным способом обеспечения, пригодным для обеспечения исполнения совершенно различных видов обязательств. Из этого следует, что существуют объективные причины для дифференцированного регулирования задатка, применяемого для обеспечения различных правоотношений.

В наибольшей степени правовая сущность и уникальность задатка проявляется в отношениях по обеспечению обязательств по заключению договоров, в которых задаток приобретает значение самостоятельного вида обязательства, не смешиваемого с другими институтами гражданского права.

В этом и есть, по нашему мнению, его правовая сущность и уникальность. Обеспечение правоотношений, опосредующих заключение договора, исторически являлось основным назначением задатка.

В пользу мнения о том, что по своей природе задаточное обязательство является специфическим самостоятельным видом обязательств, опосредующим заключение договоров, свидетельствует и тот факт, что традиционно в доктрине и нормативно-правовых актах мы можем встретить указание на самостоятельные соглашения о задатке. Однако существование самостоятельных соглашений о задатке диссонирует с тем обстоятельством, что задаток поступает в счет платежей по обеспечиваемому договору. Хотя существование обособленных соглашений о задатке наряду с обеспечиваемым договором не противоречит законодательству, все же, на наш взгляд, их присутствие в указанных правоотношениях также нелогично, как оформлять различными договорами предмет, цену, ответственность сторон, условия о неустойке, и т.п.

Структурно обособленное, самостоятельное соглашение о задатке необходимо только для обеспечения окончательно не состоявшихся договоров, в том числе, для целей обеспечения их установления.

На основании дипломной работы следует сделать вывод, что отсутствуют какие-либо препятствия для обеспечения задатком предварительных договоров. Современная судебная практика признает такие соглашения действительными.

В работе продемонстрировано, что и принцип акцессорности, и все три функции задатка: доказательственная, обеспечительная и платежная, также присущи задатку, применяемому при обеспечении обязательств по заключению договоров, однако, разумеется, они имеют в данных отношениях свою специфику.

Более того, среди всех видов, обеспечиваемых задатком обязательств, обеспечение правоотношений, опосредующих заключение договора, являлось

основным назначением задатка. Историческим базисом высказанной позиции является то обстоятельство, что как в римском праве (arrha contractus imperfecto data), так и дореволюционном русском праве, а так же в некоторых зарубежных правопорядках задаток традиционно использовался для обеспечения предварительных отношений по заключению договоров.

Исходя из предложенного определения задатка, можно сделать следующие выводы относительно его правовой конструкции: - задаток представляется как часть платежа по обязательству; - задаток может служить обеспечением сделки (заключения договора); - задаток может служить обеспечением исполнения обязательства; - задаток стимулирует обе стороны договора к его исполнению; - задаток применяется во взаимных денежных договорных обязательствах. Исследовав соотношение категорий «задаток» и «соглашение о задатке» мы пришли к выводу, что эти термины имеют разное смысловое значение. Соглашение о задатке следует рассматривать как двустороннюю сделку, направленную на возникновение правоотношения сторон основного договора по конкретному обязательству одной стороны передать задаток другой стороне на условиях соглашения. Но после исполнения данного обязательства правоотношение не прекращается, так как обеспечительный механизм задатка предполагает ответственность сторон. И хотя это уже другое правоотношение (с отлагательным условием), но оно, несомненно, составляет неотъемлемую часть общего обязательства, вытекающего из соглашения о задатке. Что касается самого задатка, то он представляет собой предмет соглашения – непосредственно денежную сумму, обладающую при этом особыми свойствами (функциями): платежа, стимулирования сторон договора (преддоговорного обязательства), компенсации убытков (либо штрафа или отступного).

Подводя итог, можно сделать вывод, что несмотря на длительную историю правового регулирования, положения о задатке, закрепленные в ГК Республики Беларусь, не в полной мере отвечают требованиям гражданского оборота. В случае внесения в законодательство изменений, предложенных выше, степень правовой защищенности сторон задатка повысится, и задаток, возможно, станет более распространенным способом обеспечения исполнения обязательств.

## СПИСОК ИСТОЧНИКОВ И ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие: Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. – Алматыю.:

АЮ – ВШП «Әділет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003 – 734 с. (Серия «Классика казахстанской цивилистики»)
2. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года ( с изменениями и дополнениями по состоянию на 27.02.2020г.)
3. Гражданское право. Том 2. Вещное право. Обязательственное право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. - Алматы, 2013. - 408 с.
4. О разделении способов обеспечения исполнения обязательств см.: Иоффе О.С. Обязательственное право М., "Юрид. лит." 1975. -157с.
5. Новицкий И.Б. Римское право. –Изд.6-е, стереотипное. -М., 1994. – 245 с.
6. Гражданское право. Часть 1. Учебник. /Под ред. А.Г.Калпина, А.И.Масляева. - Юрист. 2015г. -341с.
7. Суханов Е.А. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М., 2012г. -345 с.
8. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., Статут, 2000г. – 214 с.
9. Толстой В.С. Исполнение обязательств. - М.: Юридическая литература, 2013. - С. 57; Гражданское право. Учебник для вузов. Часть первая / Под ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнёва. – 358с.
10. Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Общая часть).Комментарий (постатейный). В двух книгах. Книга 2. – 2-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики / Ответственные редакторы: М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2003, - 528 с.
11. Жайлин Г.А.. Гражданское право РК . Том 1.- Алматы : NURPRESS, 2011 - 813 с.
12. Гражданское право. Учебник для вузов. Часть первая / Под ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнёва. - 358с.
13. Диденко А.Г. Обеспечение исполнения договоров. Астана. Институт законодательства Республики Казахстан, 2002, -184 с.
14. Гражданское право. Том 2. Вещное право. Обязательственное право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. - Алматы, 2013. - 408 с.
15. Иоффе О.С. Обязательственное право. М., «Юридическая литература», 1975, - 880 с.
16. Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии./ Пер.с нем. – М.: Издательство БЕК, 2011. – 336с.
17. Гражданское и торговое право зарубежных стран / Под ред. М.И. Кулагина. – М., 2017. -136с.
18. Садиков. О. Н. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть вторая (постатейный). - М.: Проспект, 2009. С.823

19. Правовая природа понятия и предмета неустойки» Д.С. Касымжанова / Вестник Института законодательства Республики Казахстан. № 3 (23) 2011г. С.156-160
20. Гонгало Б.М. Общие положения учения об обеспечения обязательств и способах обеспечения обязательств // Цивилистические записки. Межвуз. сб. научн. трудов. М., Статут., 2011, С.63-103.
21. Сарбаш С. Способы обеспечения исполнения обязательств // Хозяйство и право. -М„ 2015. - № 10. с. 130-140
22. Осипов Е.Б. Проблемы использования денег в качестве предмета обеспечения исполнения обязательств. Актуальные проблемы современного гражданского права. Материалы международной научно – теоретической конференции. Выпуск 2. Том 1.- Алматы, 2001 г.-320 с.
23. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: изд. 4- е, стереотипное. - М.: Статут, 2011. – 635с.
24. Дювернуа Н.JT. Пособие к лекциям по гражданскому праву. Вып. 1 - 2. Вып. 1: Часть особенная. Права вещные. Право авторское и промышленное, 1899; Вып. 2: Обязательства. Часть общая. (Отдел 1): В связи с замечаниями на преокт книги 5 гражданского уложения, 1901 // С.-П.Б.; Тип. М.М. Стасюлевича, 1899. - 391 с.
25. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права: По изданию 1907 г. / - М.; Спарк, 2015.-. 292с.
26. Победоносцев К. П. Курс гражданского права в 3 томах, Том 3 / Под. ред. В.А. Томсинова. - М.; Зерцало, 2018. -265с.
27. Дернбург Г. Пандекты. Том III Обязательственное право 2 изд. Перевод под. рук. Соколовского, М. Университетская типография 1904. С. 40-41.
28. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. - М.: "Статут", 2012г. – 77с.
29. Богачева Т.В. Гражданское право: Учебник/Под. ред. С.П. Гришаева, - М.: Юристъ, 2018г.- 158с.
30. Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. Проф. Е.А. Суханов. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Издательство БЕК, 2019. 563с.
31. Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. - М.: Статут, 2016. 396с.
32. Винавер М.М. Общая часть обязательственного права в проекте Уложения. В кн. Цит по: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга четвертая. М.: "Статут", 2014. (Классика цивилистики). 241с.
33. Лунц Л.А., Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве - М.; Госюриздат, 1950.-416 с.
34. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. - М.: "Статут",

2013. - 685 с.
35. Новоселова JT.A. Проценты по денежным обязательствам. Изд. 2 -е. испр. и доп. М.: Статут, 2013г. - 192 с.
36. Исаченко. О задатке. Юридический вестник № 9 Год XIII, Том VIII. Издание Московского юридического общества 1881 Сентябрь. Г. Москва, Типография А.П. Мамонтова и К. 1881. С. 133-134
37. Синайский В.И. Гражданское право. - М.: "Статут", 2012. - 638 с.
38. Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном. Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 8 / Под. ред. О.Ю. Шилохвоста. - М.: Норма, 2014. – 273с.
39. Барон Ю. Система римского гражданского права, перевод J1. Петраржицкого, 3 изд., испр. по 9-му немецкому изданию, Вып. 3, книга IV. Обязательственное право. Спб. 1910, -250 с.
40. Решение по гражданскому делу № 6348-18-00-2/110 от 2 марта 2018 г. Зыряновского городского суда ВКО
41. Решение Бостандыкского районного суда г. Алматы от 14.08.2017 г. Дело № 7514-17-00-2/5518
42. Кучер А.Н. Ответственность за недобросовестное поведение при заключении договора // Законодательство.-2012., № 10.-С. 18-19
43. Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. -М.: Юридическая литература, 1991. С. 47
44. Закон РК от 26 07 2007 года № 310-III ЗРК " О государственной регистрации прав на недвижимое имущество»