

Copyright © 2016 by Academic Publishing House *Researcher*



Published in the Russian Federation  
Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogo prava  
Has been issued since 1871.  
ISSN: 2409-4528  
E-ISSN: 2413-7340  
Vol. 6, Is. 2, pp. 80-86, 2016

DOI: 10.13187/zngup.2016.6.80  
<http://ejournal22.com>



UDC 347.0

## Earnest Money and Related Legal Constructions

<sup>1</sup> Oleg G. Ershov

<sup>2</sup> Alexandra N. Zhdanova

<sup>1-2</sup> Omsk Academy of the Ministry of Interior of Russia, Russian Federation  
Komarova Str., 7, Omsk 644092

<sup>1</sup> PhD, Associate Professor

E-mail: [ershov\\_@rambler.ru](mailto:ershov_@rambler.ru)

<sup>2</sup> PhD

E-mail: [alix2008@yandex.ru](mailto:alix2008@yandex.ru)

### Abstract

The paper reveals the shortcomings of the legal structure of the deposit as a way of ensuring fulfillment of the obligation. The conclusion about imperfection of expression structure of the deposit, the deposit shows contrast from adjacent legal structures, such as advance payment, security deposit and a penalty. The proposed criteria of differentiation, and the imperfection of the legal technique to be considered in the further development of civil law. On the basis of the civil law theory allocated additional features characteristic of the deposit: a written agreement on the advance may be regarded as proof of the will of the parties, which is aimed at the conclusion of the main contract; such an agreement should not be reduced to a civil contract, it is not subject to the requirements of the harmonization of the essential conditions, offer and acceptance; permitted to use the deposit liabilities in tort, in this case, it only performs the function of a payment; depending on whether public relations is used deposit (property or organizational) that is allocated the main functions of the deposit begins to take priority in comparison with others; deposit may be made by a third person instead of the debtor.

**Keywords:** deposit, advance, security deposit, forfeit.

### Введение

Задаток как способ обеспечения исполнения обязательства имеет широкую сферу применения в договорных отношениях. Основным источником регулирования отношений являются нормы ст. 380-381 ГК РФ. Со времен римского частного права задаток по прежнему относится к вещным способам обеспечения, где кредитор верит не лицу, которое за должника сможет исполнить обязательства, а имуществу должника. Применительно к задатку, передача должником денежной суммы в счет исполнения денежного обязательства доказывает с одной стороны факт возникновения договорных отношений, с другой – серьезность намерений должника исполнить денежное обязательство. Отсюда, в литературе принято выделять три функции задатка: доказательственную, платежную и штрафную [1].

Доказательственная функция проявляется в том, что уплата задатка оформляется соглашением в письменной форме, и это служит доказательством заключения основного договора в том случае, если основной договор стороны оформили в устной форме. Платежная функция задатка означает, что денежная сумма засчитывается в сумму, необходимую для исполнения денежного обязательства должника по договору. Наконец, суть штрафной функции сводится к тому, что в случае неисполнения обязательства задаток либо не возвращается, либо возвращается в двойном размере (в зависимости от того, какая из сторон не исполнила обязательства).

Выделенные положения, традиционно, можно назвать классическими, их не подвергают сомнениям, они точно отражают основные признаки юридической конструкции задатка. Вместе с тем, с развитием общественных отношений, появляются новые юридические конструкции, которые очень напоминают задаток, однако нашли самостоятельное нормативное выражение. Примером такого рода конструкций является обеспечительный платеж как способ обеспечения исполнения обязательств, который был введен Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42 ФЗ «О внесении изменений в Часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» [2].

Данный способ обеспечения широко применялся на практике, и нормативное закрепление получил в ст. 381.1-381.2 § 8 главы 23 ГК РФ. Суть его в том, что по содержанию образует действия стороны по внесению в пользу другой стороны денежной суммы, и это фактически мало чем отличается от задатка. Это предопределяет необходимость еще раз обратиться к конструкции задатка, обратить внимание на признаки задатка, попытаться найти отличие от смежных юридических конструкций. При этом еще раз следует соотнести задаток с конструкциями, которые давно нашли свое нормативное выражение – неустойка и аванс. Выводы, полученные при таком исследовании, будут полезны как для дальнейшего развития теории гражданского права, так и практики правоприменения. Для этих целей обратимся сначала к основным признакам конструкции задатка.

### **Материалы и методы**

Основным источником для написания статьи стали положения измененных гражданско-правовых норм о способах обеспечения исполнения обязательств, с учетом ранее принятой Концепции развития гражданского законодательства материалы журнальных публикаций. В процессе исследования применялся формально-юридический метод. Это позволило выделить ключевые отличия задатка от смежных юридических конструкций.

### **Обсуждение**

*Во-первых*, в литературе не подвергается сомнению то, что задаток обеспечивает обязательство, возникающее из договора [3, С. 22]. Действительно, это классический признак, но он проявляется не всегда. Например, при проведении торгов участники вносят задаток (п. 5 ст. 448 ГК РФ). Однако, такой задаток не выполняет выделенных ранее функций, в частности, штрафной и доказательственной. Задаток не доказывает, что стороны заключили договор, поскольку договор заключается только с лицом, победившим на торгах и сам задаток не возвращается в двойном размере. Значение задатка, который вносит участник торгов не в обеспечении исполнения обязательства, поскольку обязательство еще не возникло, а в доказывании серьезности намерений лица поучаствовать в торгах. Это означает, что при проведении торгов возникают организационные отношения, и в этих отношениях функции задатка совершенно иные. Кроме того, можно поставить еще один вопрос: допустимо ли задатком обеспечивать исполнение денежного обязательства не только из договора, но и из деликта?

В этой части вполне заслуживают внимание две диаметрально противоположные позиции. С одной стороны, поскольку ГК РФ не запрещает, то, исходя из принципа дозвоительной направленности вполне возможно и обеспечение исполнения денежного обязательства из деликта на тот случай, когда вреда возмещается не в натуральной, а денежной форме. С другой стороны, ст. 380 ГК РФ четко определяет сферу применения задатка – только договорные отношения. Очевидно, что эта проблема заслуживает более пристального внимания и отдельного обсуждения.

*Во-вторых*, соглашение о задатке должно быть в письменной форме, а сам задаток вносится должником. Но может ли вносить задаток не должник, а третье лицо? Если обратиться к конструкции залога, то в качестве залогодателя такое допускается (п. 1 ст. 335 ГК РФ). Также законодатель не определяет какие-либо требования, предъявляемые к содержанию соглашения о задатке. Возможно, это обусловлено тем, что на уровне теории гражданского права не решен вопрос о том, возможно ли признавать соглашение о задатке гражданско-правовым договором. Если это договор, тогда для него необходимо устанавливать существенные условия, и вести речь о стадиях заключения договора, либо о не заключении договора по причине несогласования существенных условий.

*В-третьих*, задаток обеспечивает исполнение только денежного обязательства. Однако, широкое действие имеет норма ст. 421 ГК РФ, которая определяет свободу договора, возможность заключения смешанного договора, договора, не предусмотренного законом. При отсутствии четко разработанных условий, образующих содержание соглашения о задатке, а также неопределенности договорной правовой природы соглашения о задатке, возможность внесения задатка в натуральной форме и для обеспечения не денежного обязательства выглядит вполне реальной. Например, когда по договору купли-продажи покупатель вместо денег передает в счет исполнения денежного обязательства вещь на сумму задатка. И в этом случае, опять возможно два решения: поскольку ГК РФ не запрещает, то, исходя из принципа дозвоительной направленности вполне возможно задаток в натуральной форме, - либо вносить задаток в натуральной форме нельзя, поскольку возникает проблема реализации штрафной функции задатка, сложности установления покрытия задатком части убытков.

Поставленные вопросы отчасти находят законодательное разрешение в рамках реформирования гражданского права. Так, в соответствии с п. 4 ст. 380 ГК РФ по соглашению сторон задатком может быть обеспечено исполнение обязательства по заключению основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором. По сути, речь идет о применении задатка в организационных отношениях, которые по природе не отличаются от организационных отношений, возникающих в связи с проведением торгов. Однако это не снимает дискуссию, которая ведется в юридической литературе о возможности применения задатка при заключении предварительного договора.

В частности, высказывается мнение о том, что задаток нельзя использовать для обеспечения исполнения обязательства из предварительного договора, поскольку такой договор приводит к возникновению не денежного обязательства [4, С. 14], содержание такого обязательства образуют однополярные обязанности, не обладающие встречным характером [5]. Либо, напротив, утверждается, что задатком можно обеспечить обязательство из предварительного договора, поскольку задаток выполняет платежную функцию, которая отложена во времени [6].

По сути, в основе сложившейся дискуссии есть разное понимание сферы применения задатка: либо задаток должен применяться в имущественных отношениях, либо также в неимущественных отношениях. Допущение законодателем расширения сферы применения задатка указывает на то, что иначе необходимо понимать доказательственную функцию. Письменно оформленное соглашение о задатке не только сегодня служит доказательством заключения основного договора, но и доказательством волеизъявления сторон, направленного на заключение основного договора в будущем.

Расширение законодателем сферы применения задатка позволяет предположить, что должны отсутствовать также препятствия в применении такого способа обеспечения исполнения обязательства в деликтных отношениях. В качестве аргумента следует отметить то, что причиненный вред может возмещаться не только в натуральной, но и в денежной форме. При возмещении вреда в денежной форме у должника возникает денежное обязательство. Учитывая, что задаток может выполнять не только доказательственную, но и платежную функцию, то реализация последней, оставляет юридически безразличным вопрос об основаниях возникновения обязательства. Неважно, договор это либо деликт, значение придается исполнению обязанности должника. Это означает, что применение конструкции задатка необходимо увязывать с тем, чтобы предварительно определять приоритет той или иной его функции. Следовательно, для задатка, выделенные

классические функции не являются равнозначными, а в зависимости от отношений одна из них имеет приоритетное значение в сравнении с другими.

При решении вопроса о внесении задатка, следует обратить внимание, что гражданское законодательство не содержит запрета в части того, что задаток может быть внесен не самим должником, а третьим лицом. Здесь обращает на себя внимание два обстоятельства. Во-первых, третье лицо необходимо отличать от представителя, оно не выполняет представительских функций перед кредитором. Отличие в том, что при совершении сделки через представителя права и обязанности возникают не у представителя, а у представляемого. В ситуации с задатком, напротив, третье лицо само приобретает права по отношению к должнику, хотя и действует в его интересах. В частности, у должника возникает обязанность вернуть третьему лицу денежные средства, которые третье лицо внесло за должника в качестве задатка кредитор. Во-вторых, после внесения третьим лицом задатка, между ним и должником возникает самостоятельное имущественное отношение, правовой формой которого является заемное обязательство. Здесь следует отличать отношения должника с обслуживающим его банком, в рамках которых банк исполняет платежное поручение должника о перечислении денежной суммы в качестве задатка кредитор. Между обслуживающим банком и должником самостоятельного заемного обязательства не возникает, а расчетные обязательства, как отмечается в литературе, создают лишь предпосылку для последующих денежных операций, опосредуют процесс передачи денег, выполняют техническую функцию при исполнении основного обязательства [7, С. 420-421].

Также следует обратить внимание на то, что содержание соглашения о задатке нельзя сводить к содержанию договора. Общее между соглашением и гражданско-правовым договором то, что в том и другом случае речь идет о гражданско-правовой сделке, которая может приводить к правовым последствиям в виде возникновения, изменения или прекращения гражданского правоотношения. Вместе с тем, есть отличия. Как справедливо отметил С.В. Сарбаш, договор – это сделка, которая заключается для установления базового гражданского правоотношения, соглашение – сделка для его последующей модификации [8, С. 78]. Получается, что соглашение можно рассматривать как сделку «второго эшелона», которая совершается на базе основного обязательства [9]. Такой подход сомнений не вызывает. В качестве дополнения можно отметить, что договор всегда является соглашением, но не любое соглашение можно рассматривать как договор. Отличие в том, что в договоре правовые последствия привязаны к установлению факта согласованности существенных условий, в соглашении – правовые последствия опосредуют само волеизъявление сторон, а не ключевые положения, по которым стороны должны прийти к консенсусу. В связи с этим, должен следовать вывод о том, что соглашение о задатке нельзя признать гражданско-правовым договором, и отсутствует необходимость согласования существенных условий, прохождения стадий заключения в виде оферты и акцепта. Юридическое значение в соглашении о задатке нужно придавать тому, какое обязательство обеспечивает задаток и на какую денежную сумму.

Также следует признать недопустимой попытку внесения задатка в натуральной форме и для обеспечения не денежного обязательства. В п. 2 ст. 381 ГК РФ установлено, что сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить убытки с зачетом суммы задатка, если в самом договоре не предусмотрено иное. Убытки традиционно рассматриваются в гражданском праве как денежное выражение причиненного вреда, и состоят в виде реальных расходов и упущенной выгоды (ст. 15 ГК РФ). Если убытки можно определять как абстрактные и сводить к текущей цене – т.е. цене, которая установилась на рынке на момент исполнения обязательства, то как определить эквивалентную сумму задатка, если задаток был в натуральной форме? Денежная оценка задатка должна производиться с учетом или без амортизации вещи, на момент внесения или исполнения обязательства? Кроме того, по общему правилу, штрафная функция задатка в отношении стороны получившей задаток, предполагает, что задаток будет возвращен в двойном размере. Если задаток был в натуральной форме, то как определить его двойной размер – в виде двух вещей или двойной стоимости одной вещи? Поставленные вопросы пока не нашли разрешения в юридической литературе и не позволяют рассматривать задаток в натуральной форме.

Таким образом, учитывая изложенные выше рассуждения, классические признаки задатка должны быть скорректированы. В дополнении того, что речь идет о предоставлении денежной суммы в счет исполнения денежного обязательства по договору и эта сумма выполняет доказательственную, платежную и штрафную функции, дополнительными признаками конструкции задатка необходимо назвать следующие: 1) письменное соглашение о задатке можно рассматривать как доказательство волеизъявления сторон, которое направлено на заключение основного договора; 2) такое соглашение не следует сводить к гражданско-правовому договору, на него не распространяются требования о согласовании существенных условий, оферте и акцепте; 3) допустимо задаток применять в деликтных обязательствах и в этом случае, он выполняет только платежную функцию; 4) в зависимости от того в каких отношениях применяется задаток (имущественных или организационных) одна из выделенных основных функций задатка начинает приобретать приоритетное значение в сравнении с другими; 5) возможно внесение задатка третьим лицом вместо должника.

### Результаты

Изложенные положения позволяют сделать вывод о том, что основные признаки конструкции задатка требуют дополнительного научного анализа. Без проведения надлежащей научной разработки, при правоприменении есть опасность того, что в угоду интересам отдельных хозяйствующих субъектов задаток необоснованно будет заменяться другими, смежными юридическими конструкциями, что является недопустимым. При отсутствии должным образом разработанных признаков юридической конструкции задатка, можно пока обратить внимание, чем задаток отличается от смежных юридических конструкций: аванса, обеспечительного платежа и неустойки.

Во-первых, задаток необходимо отличать от аванса. Общее между ними то, что речь идет о денежной сумме, которая определена соглашением сторон, и эта денежная сумма вносится в счет причитающихся с должника сумм по договору. Вместе с тем, можно выделить и отличия, существующие между авансом и задатком: а) разная форма соглашения (аванс в устной форме, задаток всегда в письменной); б) разные суммы возврата (аванс всегда возвращается один к одному, задаток возможно возвращать в двойном размере); в) разные функции аванса и задатка (аванс в отличие от задатка не выполняет штрафной и доказательственной функции).

Во-вторых, задаток необходимо отличать от обеспечительного платежа. Общее между ними то, что они выполняют доказательственную и платежные функции, и определяют единую модель действий должника – внесение денежной суммы, определяемой соглашением сторон в счет исполнения денежного обязательства. В литературе предлагается выделять два основных признака обеспечительного платежа как способа обеспечения исполнения обязательства: подчиненный характер предоставления обеспечения основному обязательству; получение кредитором исполнения за счет обеспечения при нарушении должником обязательства [10].

Вместе с тем, такие признаки усматриваются и применительно к юридическим конструкциям других способов обеспечения исполнения обязательств, например, задатку, залугу и др. Например, здесь можно обратить внимание на нормы о соотношении соглашения по основному обязательству и обеспечительному, возникающему при обеспечении (п. п. 2, 3 ст. 329 ГК РФ, п. 1 ст. 381 ГК РФ). Это означает, что на уровне теории пока также отсутствуют единственно верные признаки, позволяющие отличить обеспечительный платеж от смежных правовых конструкций. Иллюстрацией данного тезиса может полемика относительно возможности применения обеспечительного платежа по предварительному договору привлечения денежных средств для строительства [11, С. 11] и вывод о невозможности применения обеспечительного платежа по причине отсутствия в этой ситуации ярко выраженной обеспечительной функции [12].

Однако, между задатком и обеспечительным платежом можно выделить отличия: а) разный объем и сфера обеспечения (задатком обеспечивается только денежное обязательство, возникающее из основного договора, обеспечительным платежом – денежное обязательство, из основного договора, размер убытков и неустойки, а также закон не запрещает обеспечивать возможные внедоговорные обязательства); б) разный момент

обеспечения в соотношении с основным обязательством (задаток обеспечивает только основное договорное обязательство, которое уже возникло, обеспечительный платеж – также может обеспечивать будущее договорное обязательство); в) разные условия, при которых денежная сумма засчитывается в счет исполнения основного обязательства (при задатке денежная сумма засчитывается автоматически, обеспечительный платеж – засчитывается в счет исполнения только при наступлении обстоятельств, предусмотренных договором).

В-третьих, задаток необходимо отличать от неустойки. Общее между ними то, что речь идет о денежной сумме, которая может быть установлена письменным соглашением сторон. Вместе с тем, между задатком и неустойкой существуют отличия: разный момент внесения и размер уплаты денежной суммы (неустойка взыскивается только при установленном факте правонарушения и в размере определенном соглашением сторон или законом, задаток – вносится, когда правонарушение не совершено и размер задатка определяется только соглашением сторон).

### **Заключение**

Таким образом, анализ конструкции задатка как способа обеспечения исполнения основного обязательства позволяет утверждать о ее дальнейшей научной проработке. Предложенные на уровне цивилистической теории критерии разграничения данного способа обеспечения исполнения обязательств с иными способами, а также несовершенство юридической техники, на наш взгляд, должны быть учтены при дальнейшей разработке гражданского законодательства.

### **Примечания:**

1. Ровный В. В. Задаток: теоретический очерк. Иркутск: ИГУ, 2012. 82 с.
2. О внесении изменений в Часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 8 марта 2015 г. ФЗ № 42-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.
3. Удалова Н.М. Задаток как способ обеспечения исполнения обязательств // Современные научные исследования и инновации. 2014. № 1.
4. Троицкая А.С. Применение соглашения о задатке в конструкции предварительного договора купли-продажи недвижимости // Бюллетень нотариальной практики. 2008. № 3.
5. Подузова Е.Б. Способы обеспечения исполнения организационного обязательства: проблемы теории и практики // Гражданское право. 2015. № 2. С. 18-21.
6. Карапетов А.Г. Есть ли смысл в запрете обеспечения задатком обязательства из предварительного договора // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2010. № 8. С. 66-79.
7. Гражданское право: учебник. Часть 2 / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998.
8. Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005.
9. Куликов Е.С. Соглашение о задатке в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2011. 208 с.
10. Гасников К.Д. Правовая природа обеспечительного платежа и применения неустойки и убытков в рамках предварительного договора // Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / под ред. В.Ф. Яковлева. М.: КОНТРАКТ, 2015. Вып. 21. С. 145-158.
11. Анциферов О.Д. Обеспечительный платеж по предварительному договору купли-продажи жилья // Законодательство и экономика. 2007. № 1.
12. Мелихов Е.И. Предварительный договор и задаток // Юрист. 2003. № 4. С.15-21.

### **References:**

1. Rovnyiy V.V. Zadatok: teoreticheskiy ocherk. Irkutsk: IGU, 2012. 82 s.
2. Federalnyiy zakon ot 8 marta 2015 g. № 42 FZ «O vnesenii izmeneniy v chast pervuyu Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii» // SZ RF. 2015. № 10. St. 1412.
3. Udalova N.M. Zadatok kak sposob obespecheniya ispolneniya obyazatelstv // Sovremennyye nauchnyie issledovaniya i innovatsii. 2014. № 1.

4. Troenko A.S. Primenenie soglasheniya o zadatke v konstrukcii predvaritel'nogo dogovora kupli-prodazhi nedvizhimosti // B'ulleten' notarial'noj praktiki. 2008. № 3.
5. Poduzova E.B. Sposoby obespecheniya ispolneniya organizacionnogo objazatel'stva: problemy teorii i praktiki // Grazhdanskoe pravo. 2015. № 2. S. 18-21.
6. Karapetov A.G. Est' li smysl v zaprete obespecheniya zadatkom objazatel'stva iz predvaritel'nogo dogovora // Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda. 2010. № 8. S. 66-79.
7. Grazhdanskoe pravo: uchebnik. Chast' 2 / pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo. M.: Prospekt, 1998. S. 420-421. (avtor D.A. Medvedev).
8. Sarbash S.V. Ispolnenie dogovornogo objazatel'stva. M.: Statut, 2005. 78s.
9. Kulikov E.S. Soglasenie o zadatke v grazhdanskom prave Rossii. M.: Volters Kluver, 2011. 208 s.
10. Gasnikov K.D. Pravovaja priroda obespechitel'nogo platezha i primenenija neustojki i ubytkov v ramkah predvaritel'nogo dogovora // Kommentarij praktiki rassmotrenija jekonomicheskikh sporov (sudebno-arbitrazhnoj praktiki) / pod red. V. F. Jakovleva. M.: KONTRAKT, 2015. Vyp. 21. S. 145-158.
11. Anciferov O.D. Obespechitel'nyj platezh po predvaritel'nomu dogovoru kupli-prodazhi zhil'ja // Zakonodatel'stvo i jekonomika. 2007. № 1.
12. Melihov E.I. Predvaritel'nyj dogovor i zadatok // Jurist. 2003. № 4. S. 15-21.

УДК 347.0

### О задатке и смежных юридических конструкциях

<sup>1</sup> Олег Геннадьевич Ершов

<sup>2</sup> Александра Николаевна Жданова

<sup>1-2</sup> Омская академия МВД России, Российская Федерация

644092 г. Омск, ул. Комарова 7

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент

E-mail: ershov\_@rambler.ru

<sup>2</sup> Кандидат юридических наук

E-mail: alix2008@yandex.ru

**Аннотация.** В работе раскрываются недостатки юридической конструкции задатка как способа обеспечения исполнения обязательства. На основе изучения цивилистической теории выделены дополнительные признаки, свойственные задатку. В их числе: письменное соглашение о задатке можно рассматривать как доказательство волеизъявления сторон, которое направлено на заключение основного договора; такое соглашение не следует сводить к гражданско-правовому договору; на него не распространяются требования о согласовании существенных условий, оферте и акцепте; допустимо задаток применять в деликтных обязательствах и в этом случае, он выполняет только платежную функцию; в зависимости от того в каких отношениях применяется задаток (имущественных или организационных) одна из выделенных основных функций задатка начинает приобретать приоритетное значение в сравнении с другими; возможно внесение задатка третьим лицом вместо должника. Делается вывод о несовершенстве нормативного выражения конструкции задатка, показано отличие задатка от смежных юридических конструкций, таких как аванс, обеспечительный платеж и неустойка. Предложенные критерии разграничения, а также несовершенство юридической техники должны быть учтены при дальнейшей разработке гражданского законодательства.

**Ключевые слова:** задаток, аванс, обеспечительный платеж, неустойка.