

Проф. Л. Кассо.

2758

11056 гр. 12р.

ПРЕДЛАЖЕНІЙ  
КАБИНЕТЪ  
В. Ж. К.

ЗАПРОДАЖА

И ЗАДАТОКЪ.

11056 гр. 12р.

СПб. ГИИ



ИЗДАНИЕ КНИЖНАГО МАГАЗИНА

И. К. ГОЛУБЕВА ПОДЪ ФИРМОЮ „ПРАВОВЪДЪНІЕ“.

Москва, Никольская.

1904.

Дозволено цензурой. Москва, 28 мая, 1904 года.

## ЗАПРОДАЖА И ЗАДАТОКЪ ).

При заключеніи договора, стороны, убѣдившись во взаимномъ согласіи, могутъ отложить моментъ окончательнаго обмѣна волеизъявленій, и въ такомъ случаѣ все предшествовавшее имѣетъ лишь значеніе предварительныхъ переговоровъ, которые сами по себѣ никакой обязательственной связи не создаютъ.

Но можетъ быть и другая обстановка: стороны тотчасъ же заключили окончательный договоръ, но вмѣстѣ съ тѣмъ постановили облечь его впоследствии въ другую форму (письменную или нотаріальную), для которой понадобится повтореніе тождественныхъ волеизъявленій. Послѣ первой сдѣлки контрагенты приобрѣли права, вытекающія изъ нея на общемъ основаніи, и кромѣ того еще право на заключеніе втораго договора.

Отъ этого послѣдняго явленія, какъ и отъ предыдущаго, нужно отличать договоръ о договорѣ, въ настоящемъ и тѣсномъ смыслѣ, *actum de contrahendo*, когда контрагенты въ первой сдѣлкѣ исключительно лишь обязались вступить въ опредѣленный договоръ, и до этого момента каждый изъ нихъ имѣетъ только право требовать отъ другаго заключенія втораго контракта. Вся цѣль перваго договора сводится къ порожденію втораго, и въ тотъ моментъ, когда заключается этотъ послѣдній, первый перестаетъ существовать, такъ какъ

\*) Настоящій очеркъ былъ напечатанъ въ „Журналѣ Министерства Юстиціи“ 1903 г. № 5.

значение его исчерпано <sup>1)</sup>). Подобное обѣщаніе вступить въ договорную связь, называемое у германскихъ юристовъ, съ легкой руки Тэля, Vorvertrag <sup>2)</sup>, логически всегда возможно <sup>3)</sup>. Контрагенты, имѣя въ виду будущее правоотношеніе, могутъ внести нѣкоторую постепенность въ свое соглашеніе: вмѣсто того, чтобы сразу создать обязательство и отнести его исполненіе въ будущее, они сначала другъ другу обѣщаютъ сойтись еще разъ для обмѣна волеизъявленій, и лишь эта вторичная встрѣча, къ которой они обязались, порождаетъ намѣченное правоотношеніе.

Но дѣловой жизнью управляютъ не логика и не отвлеченныя комбинаціи, а насущныя потребности и сознаніе цѣлесообразности. Договоръ о договорѣ встрѣчается лишь тамъ, гдѣ онъ представляетъ нѣкоторую выгоду, или тамъ, гдѣ онъ вызванъ необходимостью. Римляне знаютъ, облеченное въ стипуляцію <sup>4)</sup>, обѣщаніе заключить заемный договоръ; тогда какъ при *actum de mutuo dando* обѣщается въ будущемъ не обмѣнъ голаго согласія, а совершеніе опредѣленнаго дѣйствія, необходимаго для возникновенія заемнаго договора, т. е. уплата ссуды займодавцемъ <sup>5)</sup>.

Передъ куплей-продажей римляне такой потребности въ предварительной связи не ощущали <sup>6)</sup>; обмѣнъ волеизъявленій сразу создавалъ окончательный договоръ, въ который

1) Ср. Meyer, *Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduction* въ *Archiv für civilistische Praxis* LXXXVIII, стр. 78; *Regelsberger* въ *Endemanns Handbuch* II, стр. 464.

2) *Thöl*, *Handelsrecht*. § 62.

3) *Degenkolb* въ *Archiv für civilistische Praxis* LXXI стр. 71. Врогъ этого понятія является въ позднѣйшее время *Schlossmann* (*Ihering's Jahrbücher* 1903 T. 45. *Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realcontracte*), сравнивающій *Vorvertrag* съ морскимъ змѣемъ, о которомъ всѣ говорили, но котораго никто не видалъ.

4) Ср. *Regelsberger*, *Civilrechtliche Erörterungen*, стр. 129.

5) *Koch*, *Recht der Forderungen* II § 70.

6) См. *Bechmann*, *Der Kauf* стр. 276, а относительно пандектнаго права *Holzschueher*, *Theorie und Casuistik des gemeinen Rechts*, II, 2 стр. 264.

могли быть внесены всякаго рода оговорки, отсрочивающія дѣйствіе сдѣлки; и даже когда продавец выговаривалъ себѣ право обратной покупки, договоръ получалъ характеръ не *pactum de vendendo*, а непосредственной, хотя и условной, *emptio-venditio* <sup>1)</sup>.

Между тѣмъ въ нѣкоторыхъ законодательствахъ западной Европы установились особыя формальныя требованія для заключенія купли-продажи на недвижимое имущество, а невозможность немедленно приступить къ этимъ формальностямъ часто побуждала контрагентовъ, дошедшихъ до соглашения, заключить договоръ о будущей формальной сдѣлкѣ или, другими словами, обѣщать другъ другу, что купля-продажа извѣстнаго содержанія будетъ ими заключена въ предписанной закономъ обстановкѣ <sup>2)</sup>.

Формальность акта служитъ тогда ясною гранью между договоромъ о продажѣ и самой продажей. Пока нотариальный или крѣпостной актъ не составленъ, между сторонами существуетъ лишь обязательство приступить къ этому обряду; а когда заключенъ въ послѣдствіи формальный договоръ, предварительное соглашеніе имъ вытѣсняется, и остается на лицо только окончательная сдѣлка.

Подобная обособленность какъ будто нѣсколько затемняется, когда послѣ заключенія перваго договора одинъ изъ контрагентовъ отказывается отъ исполненія, т. е. обнаруживаетъ нежеланіе участвовать въ заключеніи втораго договора. Противная сторона въ такомъ случаѣ имѣетъ по нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ не только искъ объ убыткахъ, но кромѣ того право требовать заключенія втораго договора; и въ случаѣ дальнѣйшаго упорства отвѣтчика судебное рѣшеніе замѣняетъ его отсутствующее волеизъявленіе, такъ что второй договоръ считается какъ бы заключеннымъ, хотя на самомъ дѣлѣ онъ не состоялся. Такое положеніе,

1) См. L. 2 Cod. de pactis inter emptorem et venditorem, 4, 54.

2) В е с c h m a n n, Der Kauf, II, стр. 282.

выставляемое законом <sup>1)</sup> или практикой <sup>2)</sup>, придаетъ въ названномъ случаѣ обѣщанію договорившихся значеніе окончательнаго договора. Первая сдѣлка, и за ней судебное рѣшеніе, порождаютъ именно тѣ послѣдствія, которыя должны были вытекать изъ второго, впоследствии не совершеннаго, акта. Приходится признавать, что такое неизбѣжное перенесеніе центра тяжести на первую сдѣлку является необходимой санкціей выраженнаго волеизъявленія, безъ которой двусторонній договоръ о будущей куплѣ-продажѣ лишается, какъ будетъ указано ниже, своего практическаго значенія.

Особенное мѣсто въ разсматриваемомъ вопросѣ занимаетъ французское право. Тамъ и до Кодекса не существовало отдѣльной формы для продажи недвижимаго имущества, такъ что вишняго различія между запродажей и продажей быть не могло, и практика расположена была выводить одинаковыя послѣдствія изъ обѣихъ сдѣлокъ <sup>3)</sup>. Но, если такимъ образомъ понятіе о двустороннемъ и взаимномъ обѣщаніи заключить куплю-продажу оказалось мало жизнеспособнымъ, то наоборотъ односторонній договоръ объ этой же сдѣлкѣ, *actum de vendendo* или *actum de emendo*, нашель себѣ примѣненіе. Подробное изложеніе этого ученія можно найти у Потье <sup>4)</sup>. Здѣсь въ предварительной сдѣлкѣ *одинъ* изъ контрагентовъ обязуется заключить въ будущемъ договоръ, а другой, получая это обѣщаніе, воленъ воспользоваться пріобрѣтеннымъ правомъ, но можетъ и не осуществить его. Происходитъ что подобное тому, что было отмѣчено выше по поводу *actum de mutuo dando*: съ той лишь разницею, что тамъ

1) Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства 1898 г., ст. 894: „Если должникъ обязался къ извѣстному волеизъявленію, то послѣднее считается состоявшимся, какъ только судебное рѣшеніе вступаетъ въ законную силу“. Ср. по этому поводу Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprocesses, стр. 527.

2) См. рѣшеніе верховнаго австрійскаго суда отъ 20-го марта 1888 г., Ungel-Glaser, Sammlung der Entscheidungen, томъ 25 № 12108,

3) Beaune, Droit coutumier français. Les contrats, стр. 159 сл.

4) Traité de la vente. Partie VI, chapitre 1 article 1-3 (édition Dupin II).

одностороннее правоотношение замѣняется опять-таки одностороннимъ договоромъ; наоборотъ, при обѣщаніи продажи на смѣну односторонняго договора приходитъ двусторонняя купля-продажа. Лицо, которому обѣщана продажа, заявляя впоследствии о своемъ намѣреніи осуществить принадлежащее ему право требовать заключенія этой сдѣлки, выражаетъ опредѣленную волю, на которую другой контрагентъ заранее обѣщаль согласиться; достиженіе такого обоюднаго соглашения между продавцомъ и покупщикомъ означаетъ, что *promesse de vente* превратилась въ окончательную *vente*.

Это ученіе отъ Потье перешло безъ большихъ сопротивленій <sup>1)</sup> въ Кодексъ Наполеона, и ст. 1589 <sup>2)</sup> является тамъ до сихъ поръ единственной опорой для изложеннаго построенія: обоюдное обѣщаніе купли и продажи равняется самому договору, а понятіе о *actum de contrahendo* связывается лишь съ *одностороннимъ* договоромъ будущаго покупщика или продавца; какъ только противная сторона соглашается принять на себя обязанности, связанныя съ той или другой ролью, договоръ купли-продажи считается заключеннымъ со всѣми своими обязательственными и вещными послѣдствіями <sup>3)</sup>. Другаго типа предварительной сдѣлки въ видѣ двусторонняго договора о кулѣ-продажѣ французская практика не знаетъ, и такое же направленіе можно отмѣтить въ иностранныхъ государствахъ, позаимствовавшихъ Кодексъ Наполеона <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. однако замѣчанія Лионскаго апелляціоннаго суда у Crussaige, *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation* (Paris. An. X), стр. 819.

<sup>2)</sup> „Обѣщаніе продать равносильно самой продажѣ, если состоялось взаимное обѣихъ сторонъ соглашеніе относительно предмета и цѣны“.

<sup>3)</sup> См. Guillaouard, *Traité de la vente* (1890), глава II, стр. 101; съ нѣкоторымъ ограниченіемъ также Magcadé, *Explication du code civil VI*, стр. 173. Этотъ смыслъ ст. 158 Кодекса неправильно понять Schlossmann'омъ (I. с. стр. 13) и совершенно упущенъ изъ виду Змирловымъ, *Журналъ Министерства Юстиціи* 1904, № 1, стр. 170.

<sup>4)</sup> См., напр., рѣшеніе баденскаго суда 1883 г. (въ *Zeitschrift für französisches Civilrecht VI*, стр. 201.

## I.

Въ нашемъ Сводѣ законовъ 1832 г. терминъ „запродажа“ впервые употребляется въ смыслѣ *actum de vendendo*; но заключеніе такихъ договоровъ, необходимыхъ для созданія предварительной связанности контрагентовъ до крѣпостнаго акта, встрѣчается и раньше, какъ это видно изъ узаконеній, приведенныхъ подъ статьями 1 ч. X тома нашего перваго Свода <sup>1)</sup>. Въ этихъ статьяхъ запродажа излагается, какъ односторонній договоръ, въ которомъ одна сторона обѣщаетъ продать, а другая сторона, принимая это обѣщаніе, пріобрѣтаетъ право требовать его исполненія. Односторонность запродажи прямо выражена въ ст. 1085 <sup>2)</sup> и кромѣ того подтверждается еще сравненіемъ заголовка раздѣла III книги IV съ главой II раздѣла III книги III. Въ первомъ мѣстѣ мы читаемъ: „о запродажѣ“, а здѣсь наоборотъ: „о продажѣ и куплѣ“. Врядъ ли можно согласиться съ тѣми <sup>3)</sup>, которые усматриваютъ въ упоминаніи одного обѣщанія продать простую случайность. Очень возможно, что на редакцію нашей статьи повліяли, съ одной стороны, текстъ французскаго Кодекса, гдѣ говорится лишь о запродажѣ — *promesse de vente*, но и кромѣ того самый видъ примѣненія запродажи въ жизни: чаще всего формальный актъ купчей крѣпости отерочивался запродажей, въ виду невозможности для *продавца* приступить немедленно къ продажѣ имущества, находящагося подъ запрещеніемъ, а покупщику

1) 1033—1087 (нынѣ ст. 1679—1680, томъ X, ч. 1).

2) „Договоромъ запродажи одна сторона обязывается продать другой къ назначенному времени недвижимое имущество“.

3) Такъ, напр., Ильяшенко, Журналъ гражд. и угол. права 1889, кн. 5, стр. 57.



тѣмъ временемъ необходимо было получить какую-нибудь гарантію въ томъ, что отчуждательный договоръ будетъ впоследствии заключенъ. Видно такимъ образомъ, что обособленности договора запродажи способствовали въ нашемъ Сводѣ два момента: односторонній его характеръ и еще тѣ специфическія особенности порядка совершенія купчей, которыя не давали ей сливаться съ предварительнымъ договоромъ, подчиненнымъ другимъ формальнымъ требованіямъ <sup>1)</sup>.

Нѣсколько иное положеніе отведено запродажѣ движимаго имущества, о которой также упоминаетъ Сводъ 1832 г. Въ предыдущихъ узаконеніяхъ нѣтъ слѣдовъ предварительнаго договора о заключеніи купли-продажи движимости; поучительна однако ссылка статьи 1087 (нынѣ 1690) на банкротскій уставъ 1800 г. <sup>2)</sup>, такъ какъ тамъ предвидится въ ст. 30 части II между купцами и дворянами продажа (очевидно движимаго имущества), исполненіе которой не совпадаетъ съ моментомъ заключенія. Составители Свода, можно полагать, въ ст. 1087 X тома, примѣнили слово „запродажа“ къ окончательному отчуждательному договору, отличающемуся отъ обыкновенной продажи тѣмъ, что послѣдствія его разсчитаны на извѣстный промежутокъ времени. Подобное предположеніе еще подтверждается примѣчаніемъ къ ст. 1087 <sup>3)</sup>, которое почти буквально заимствовано изъ проекта гражданскаго Уложенія 1814 г., съ той лишь разницей, что Сводъ употребляетъ терминъ „запродажа“ тамъ, гдѣ статья 62 Уложенія говоритъ о куплѣ и продажѣ <sup>4)</sup>. Непосредственно передъ этимъ статьи 60 и 61 опредѣляютъ

1) Ст. 1085: „Запродажная записъ предъявляется для засвидѣтельствованія къ крѣпостнымъ дѣламъ“.

2) П. С. З. 19692.

3) „Договоры на продажу по торговлѣ составляются и являются у маклеровъ особеннымъ порядкомъ, въ сводѣ торговыхъ законовъ опредѣленнымъ“.

4) Архивъ Государственнаго Совѣта, т. IV, ч. I ст. 62. „Въ торговыхъ дѣлахъ между купцами при куплѣ и продажѣ товаровъ поступается по коммерческимъ уставамъ“.

сначала такой договоръ, гдѣ исполненіе совпадаетъ съ заключеніемъ. Ст. 60 говоритъ: „купля-продажа движимыхъ вещей совершается посредствомъ отдачи“. Далѣе ст. 61 продолжаетъ: „Впрочемъ покупка движимыхъ вещей можетъ быть совершаема записью или письменной сдѣлкой по установленнымъ формамъ“. Предвидится очевидно другой случай, когда уплата покупной суммы и передача вещи будетъ имѣть мѣсто лишь впоследствии, много времени спустя послѣ заключенія договора, и тогда въ доказательство состоявшейся купли нужнымъ является письменный актъ, о которомъ также упоминаетъ ст. 1087 Свода 1832 г. <sup>1)</sup>.

Стремленіе нашихъ кодификаторовъ различать эти два вида купли-продажи еще не исчезло и донинѣ: въ новѣйшемъ изъ нашихъ законодательныхъ проектовъ, въ книгѣ V готовящагося гражданского Уложенія, статья 186 характеризуетъ куплю-продажу слѣдующими словами: „По договору продажи продавецъ передаетъ или обязуется передать... имущество“... Легальное раздвоеніе вполне лишне, такъ какъ въ томъ и другомъ случаѣ юридическій характеръ обязательственной связи совершенно одинаковый, и моментъ исполненія на немъ не отражается <sup>2)</sup>. Но для разбираемаго вопроса достаточно отмѣтить, что именно признаваемая здѣсь двойственность купли-продажи не могла не отразиться на понятіи о запродажѣ въ Сводѣ, когда послѣдняя касается движимаго имущества. Вѣроятно же всего, что составители Свода связывали съ этой сдѣлкой представленіе о возникновеніи опредѣленнаго обязательства, исполняемаго впоследствии, и считали нужнымъ для такого правоотношенія выставленіе формальныхъ требованій, неизвѣстныхъ обыкновенной продажѣ, которую имѣетъ въ виду ст. 948 (нынѣ 1510) 1 ч. X тома. Но въ чемъ должно состоять создаваемое запродажею обяза-

<sup>1)</sup> Значеніе его здѣсь не совсѣмъ понято Змировымъ. Журн. Гражд. и угол. права. 1885, № 7, стр. 114.

<sup>2)</sup> См. справедливыя замѣчанія Любавскаго. Монографія, III, стр. 85.

тельство? Въ заключеніи ли новаго и окончательнаго договора, какъ это было выше отмѣчено по поводу недвижимаго имущества? Или просто въ уплатѣ денегъ и доставленіи предметовъ, упомянутыхъ въ запродажѣ? Второе построеніе какъ будто ближе къ духу нашего Свода <sup>1)</sup>; но вопросъ о значеніи запродажи движимости остается тѣмъ не менѣе открытымъ, и практика съ нимъ еще не справилась.

Наоборотъ, запродажа недвижимаго имущества, благодаря специфическому характеру слѣдующаго за нимъ крѣпостнаго акта, получила съ самаго начала и сохранила безъ всякихъ перемѣнъ въ Сводѣ 1842 г. вполнѣ ясный видъ съ отдѣльнымъ значеніемъ. Она здѣсь создаетъ обязательство заключить отчуждательный договоръ, а такое обязательство считается исполненнымъ, когда контрагенты у крѣпостныхъ дѣлъ высказываютъ волеизъявленіе, способное быть облеченнымъ въ форму купчей. Ст. 1085 1 ч. X т. по изданію 1832 г. (по изд. 1842 г. статья 1415) разрѣшаетъ контрагентамъ вносить въ запродажную записку тѣ условія, которыя они считают цѣлесообразными, и законъ, между прочимъ, упоминаетъ о возможности обезпеченія путемъ неустойки. Но изъ такого постановленія Свода тогда не выводили, что запродажа не порождаетъ самостоятельнаго иска. Въ двухъ названныхъ изданіяхъ нашего X тома нѣтъ никакихъ указаній на то, что, въ случаѣ неисполненія созданнаго запродажею обязательства, неупоминаніе о санкціи въ самомъ договорѣ лишаетъ сдѣлку понудительнаго характера. Къ запродажѣ примѣнялся общій принципъ объ обязательности договоровъ, выраженный въ ст. 974 (по изд. 1832 г.) <sup>2)</sup>, и практика признавала за лицомъ, пріобрѣтшимъ притязаніе изъ запродажи, не только искъ объ убыткахъ въ случаѣ неисполненія, но преж-

<sup>1)</sup> См. Сперанскій, въ объяснительной запискѣ содержанія и расположения Свода законовъ гражданскихъ, глава II о куплѣ (Арх. ист. практ. свѣдѣній II стр. 21). Ср. еще по поводу смысла ст. 1087 (1690), Пестржецкій, Журналь гр. и уголовного права 1874 г., № 1, стр. 85.

<sup>2)</sup> Ст. 1288, по изд. 1842 г.

де всего и на первомъ планѣ право требовать совершенія обѣщаннаго акта: отказъ отвѣтчика имѣлъ послѣдствіемъ выдачу судомъ данной, которая замѣняла для покупщика купчую крѣпость. Рѣшеніе Общаго Собранія Сената отъ 1853 г. <sup>1)</sup> свидѣтельствуетъ о постоянной практикѣ нашихъ судовъ именно въ этомъ направленіи <sup>2)</sup>, и есть основаніе думать, что такой взглядъ установился у насъ еще и до Свода законовъ <sup>3)</sup>. Распоряженіе суда замѣняло обѣщанное волеизъявленіе запродавшаго, и имѣніе считалось какъ бы проданнымъ съ публичныхъ торговъ. Въ подобномъ образѣ дѣйствія тогда еще не усматривалось нарушеніе свободы контрагента. Воля, выраженная послѣднимъ въ запродажной записи, считалась настолько серьезной, что ему не предоставляли возможности отказаться отъ нея безъ законныхъ основаній, и въ концѣ концовъ для достиженія намѣченной цѣли требовалась данная, заступающая мѣсто купчей, совершенію которой препятствовало уклончивое поведеніе запродавшаго <sup>4)</sup>. Такой порядокъ казался настолько нормальнымъ, что въ 1854 г., по поводу пересмотра нашихъ законоположеній о запродажѣ, одновременно съ нормировкой задатка въ кодификаціонныхъ сферахъ возникла мысль о внесеніи въ Сводъ особой статьи, которая формулировала бы эту понудительную силу предварительнаго договора; и Второе Отдѣленіе Собственной Его

1) Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената, составленный по Высочайшему повелѣнію. т. II, рѣшенія Общаго Собранія Четвертаго, Пятаго и Мезеваго Департаментовъ № 713.

2) Въ вышеприведенномъ рѣшеніи № 713 встрѣчается ссылка на миѣніе Государственнаго Совѣта 1830 г. въ такомъ же смыслѣ. См. кромѣ того Архивъ Государственнаго Совѣта III ч. 2 стр. 388, В. у. м. 1 февр. 1809 г.

3) См. однако первые слѣды противоположнаго взгляда въ Сборникѣ т. I, Рѣшенія Общаго Собранія первыхъ трехъ Департаментовъ и Департамента Герольдіи № 442 (рѣшеніе 1853 г.).

4) „ . . . Если бы зависѣло отъ произвола каждаго исполнить запродажную записъ или нѣтъ, то договоръ этого рода не имѣлъ бы для лица, обязывающагося онымъ, никакой обязательной силы и нисколько не обезпечивалъ бы лицо, принимающее обязанности, и слѣдовательно противорѣчилъ бы основнымъ правиламъ о договорахъ вообще“. (Сборникъ II № 713).

Величества Канцеляріи успѣло даже выработать текстъ дополненія къ ст. 1418 1 ч. X тома (по изд. 1842 года), которое въ состояніи было устранивъ всякое сомнѣніе <sup>1)</sup>. Въ послѣднюю же минуту эта мысль была оставлена, а статьи нашего Свода о запродажѣ подверглись крупнымъ измѣненіямъ вслѣдствіе изданія новаго закона 7 іюня 1854 года <sup>2)</sup>, который въ сущности почти уничтожилъ практическое значеніе запродажи и надолго ее обезличилъ. Этотъ законъ прежде всего нарушилъ ея односторонній характеръ, который успѣлъ обрисоваться въ Сводахъ 1832 и 1842 г.г. Новыя статьи Свода 1857 года, въ составъ которыхъ вошли положенія 1854 г., предполагаютъ возможность не одного только обѣщанія продажи, но и взаимнаго договора о куплѣ и о продажѣ <sup>3)</sup>. Въ этомъ, конечно, ничего опаснаго нѣтъ, такъ какъ легко можетъ обнаружиться и у продавца потребность связать будущаго контрагента предварительной сдѣлкой. Но, несмотря на допустимость такой двойственности, законъ по прежнему знаетъ лишь одно слово: *запродажа*.

Дальнѣйшимъ повшествомъ является обязанность установленія въ договорѣ запродажи срока для совершенія купчей <sup>4)</sup>. Ясно, что здѣсь имѣлось въ виду <sup>5)</sup> оградить связанное лицо отъ притязаній противника въ теченіе слишкомъ продолжительнаго времени (давностнаго десятилѣтія); другими

---

1) Приводится у Пляшненко, Журналъ гражд. и угол. права 1889 г. № 5 стр. 27 сл... Если бы запродавшій имѣніе, несмотря на полученіе слѣдующей суммы..., сталъ отказываться отъ совершенія купчей крѣпости..., то отъ имени суда выдается данная.

2) П. С. З. № 28323.

3) Ст. 1681: Въ запродажной записи должны быть означены подробно и съ надлежащею точностью всѣ постановленныя съ общаго согласія продающимъ и покупающимъ условія и взаимныя принятія ими на себя въ отношеніи къ совершенію купчей обязанностей...

4) Ст. 1682.

5) Очень возможно, что произошло здѣсь замѣтваніе изъ австрійскаго Уложенія. См. § 936.

словами, искъ объ исполненіи запродажи долженъ быть предъявленъ до истеченія названнаго въ договорѣ срока <sup>1)</sup>. Если тогда окажутся какія-нибудь препятствія къ совершенію купчей, то судъ раземотритъ возраженія отвѣтчика и можетъ принять ихъ во вниманіе: но во всякомъ случаѣ вчинаніемъ иска отвѣтчикъ предупрежденъ, что истецъ намѣренъ осуществить свое право, и безъ серьезныхъ доводовъ отвѣтчикъ врядъ ли рѣшится упорствовать въ своемъ пассивномъ поведеніи.

Но законодатель установленіемъ запродажнаго срока имѣлъ еще въ виду и другую цѣль, а именно борьбу съ укоренившимся у насъ тогда обычаемъ владѣть недвижимостью по однѣмъ запродажнымъ записямъ безъ крѣпостнаго акта. Срокъ, выставленный запродажею, долженъ былъ побудить покупателя прибѣгнуть скорѣе къ крѣпостной гарантіи, такъ какъ просрочка отрѣзывала его навсегда отъ этой цѣли. И воислѣдствіи другіе законодательные акты <sup>2)</sup> создали, помимо воли сторонъ, обязательные сроки для превращенія владѣнія по запродажнымъ записямъ въ дѣйствительное право собственности; несоблюденіе установленныхъ сроковъ влекло къ обоюднымъ штрафамъ и къ восстановленію владѣнія запродавшаго контрагента. Но ни въ этихъ узаконеніяхъ, ни въ законѣ 1854 г. не сказано, что покупатель не можетъ въ силу запродажной записи требовать совершенія крѣпостнаго акта. Наоборотъ, послѣднія слова ст. 1682 <sup>3)</sup>, образовавшейся, изъ п. 3 и 4 названнаго закона, какъ будто означаютъ, что до истеченія срока предоставляется управомоченному контрагенту добиваться совершенія купчей и въ концѣ концовъ получить собственность понудительнымъ порядкомъ. Однако практика

<sup>1)</sup> Ср. рѣшеніе австрійскаго верховнаго суда отъ 18 декабря 1900 г. у Geller und Jolles, Praxis des obersten Gerichtshofes III (1902 г.) № 56.

<sup>2)</sup> Зак. 1856 (30767), 1858 (33315), 1860 г. (35585).

<sup>3)</sup> „По истеченіи назначеннаго на продажу имѣнія срока, запродажная записъ, въ отношеніи обязанности совершить купчую крѣпость, считается ничтожною.

стала понимать установление срока, какъ льготу для обязаннаго субъекта, который можетъ, вопреки желанію противника, отложить совершение крѣпостнаго акта до послѣдняго дня; а по истеченіи срока онъ какъ бы освобождался отъ этой обязанности по смыслу статьи закона. Такимъ образомъ запродавшій не могъ быть принужденъ къ исполненію договора, и допускался лишь процессъ объ убыткахъ. Это новое ученіе стало все болѣе и болѣе подчеркиваться практикой сначала дореформенной <sup>1)</sup>, а потомъ и Кассационнымъ Департаментомъ <sup>2)</sup>. Провозглашается для контрагента свобода вступить въ обѣщанный договоръ или (конечно, подъ денежной отвѣтственностью) отказаться отъ него; косвенное принужденіе въ видѣ выдачи данной строго возбраняется нашимъ верховнымъ судомъ <sup>3)</sup>. Подобная перемена, основанная формально на неправильномъ пониманіи текста новаго закона, не можетъ удивить, если вспомнить, что приблизительно въ это же время Кассационный Сенатъ <sup>4)</sup>, желая также оградить личную свободу, отрицалъ дѣйствительность обѣщанія дара (*actum de donando*) по такому соображенію, что нельзя принудить человека къ безмездному обогащенію другаго; при чемъ упускалось изъ виду, что искъ о выполненіи дарственнаго обѣщанія не есть вторженіе въ чужую имущественную сферу, а сводится лишь къ исполненію обязательства, въ которомъ уже лежитъ отказъ отъ извѣстной

1) См. въ вышеприведенномъ Сборникѣ т. II рѣшенія 1855 и 1856 гг. №№ 787, 840, 915. Встрѣчаются однако еще отголоски прежняго понудительнаго порядка. См. Второй Сборникъ (Ратькова Рожнова) I № 163.

2) Рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента 1867 г. № 72, 1868 г. № 883, 1869 г. № 462, 1871 г. № 378.

3) См. рѣшеніе Сената, приведенное въ „Журналѣ Министерства Юстиціи“ 1859 г. т. II кн. 4. . . . смыслъ законовъ удостовѣряетъ, что исполненіе договора запродажи производится единственно посредствомъ выдачи на запроданное имѣніе кулчей крѣпости, и что при уклоненіи отъ сего продавца, прavitельство не понуждаетъ его къ условленной передачѣ имѣнія...

4) 1869 г. № 451. Но Сенатъ не возбраняетъ такое дареніе, гдѣ между самой сдѣлкой, окончательно заключенной, и моментомъ исполненія установленъ извѣстный промежутокъ времени. См. 1871 г. № 928.

цѣнности <sup>1)</sup>. Впрочемъ съ введенія новыхъ уставовъ замѣчаются въ общемъ нѣкоторое послабленіе исполнительнаго производства и пониженіе интенсивности мѣръ взысканія: тогда именно исчезъ изъ нашихъ законовъ особый видъ производства по безспорнымъ дѣламъ, восстановленный лишь сравнительно недавно <sup>2)</sup> и не для всѣхъ судебныхъ мѣстъ <sup>3)</sup>.

Казалось бы, что запродажа, лишившаяся такимъ образомъ понудительной силы, должна была по крайней мѣрѣ давать неудовлетворенному контрагенту скорое и вѣрное средство для полнаго покрытія убытковъ въ случаѣ просрочки и несовершенія купчей. Однако и въ этомъ отношеніи закону 1854 г. было суждено имѣть скорѣе отрицательное воздѣйствіе на договоръ запродажи. Составители, желая, вѣроятно, придать большую силу предварительной сдѣлкѣ, помѣстили положеніе (нынѣ ст. 1681), которое вмѣняетъ контрагентамъ въ обязанность не только упоминаніе о составныхъ частяхъ будущаго договора, но и указаніе тѣхъ послѣдствій, которыя влечетъ за собою его неисполненіе. „Должны быть означены подробно и съ надлежащей точностью мѣры . . . обезпеченія или вознагражденія той или другой стороны“.

Такая редакція могла бы легко склонить суды къ толкованію, ограничивающему общій принципъ ст. 570 <sup>4)</sup> и дающему право на вознагражденіе лишь въ случаѣ особой оговорки, помѣщенной въ запродажной записи. Практика, насколько намъ извѣстно, такъ далеко не пошла <sup>5)</sup>, но тѣмъ не менѣе послѣднія слова ст. 1681, посвященныя задатку, получили, по крайней мѣрѣ въ теченіе многихъ лѣтъ, довольно опредѣленное значеніе. Названная статья такъ за-

<sup>1)</sup> Другаго мнѣнія Умовъ, Дареніе, стр. 200.

<sup>2)</sup> Правила 12 іюля 1889 г. (6196) ст. 141. (О понудительномъ исполненіи по актамъ).

<sup>3)</sup> См. однако новый проектъ Устава гражданского судопроизводства ст. 1102 сл.

<sup>4)</sup> Всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленное, налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить.

<sup>5)</sup> Рѣш. Гражданскаго Департамента 1873 г. № 396, 1879 г. № 317.



канчивается: „если была назначена неустойка или уплаченъ задатокъ, то (должны быть означены) и послѣдствія сего для обѣихъ сторонъ на случай, если бы совершеніе акта почему-либо не состоялось“. На основаніи этихъ словъ наша сенатская практика очень долго не признавала за задаткомъ, упоминаемымъ въ запродажной записи, штрафной функціи, если послѣдняя не была особо оговорена <sup>1)</sup>; и встрѣчаются даже такія рѣшенія, которыя отрицаютъ доказательную силу запродажной записи по отношенію къ вопросу о врученіи задатка и требуютъ непременно представленія отдѣльной задаточной росписки <sup>2)</sup>. Понятно, что при подобномъ направленіи запродажа, какъ сдѣлка мало пригодная для оборота <sup>3)</sup>, не могла пустить у насъ глубокіе корни: она была вскорѣ вытѣснена другой сдѣлкой, выставленной закономъ 1854 г., также для предварительной связи между продавцомъ и покупщикомъ. Ниже будетъ о ней рѣчь.

По старому порядку, дѣйствовавшему у насъ до Положенія о нотаріальной части, крѣпостной актъ писался въ томъ же учрежденіи, гдѣ онъ утверждался, и выдавался лишь по окончаніи всѣхъ существенныхъ формальностей: моментъ выдачи именно означалъ наступленіе всѣхъ договорныхъ послѣдствій, тогда какъ до него купли-продажи въ юридическомъ смыслѣ еще не было. Раздвоеніе вещнаго и обязательственнаго элемента являлось тогда невысказаннымъ. Но законъ 1866 г. создаетъ, такъ сказать, двѣ инстанціи, черезъ которыя необходимо пройти для достиженія цѣли, преслѣдуемой крѣпостнымъ актомъ. И вотъ въ такомъ чисто внѣшнемъ обстоятельстве стали искать основанія для внутренняго построенія самой купли-продажи. Для составленія договора у нотаріуса не требуется провѣрки правъ отчужда-

<sup>1)</sup> См. ниже, примѣчаніе 4, на стр. 42.

<sup>2)</sup> Рѣшеніе Гражданскаго Департамента 1874 г. № 56.

<sup>3)</sup> См. по этому поводу остроумную замѣтку Левитскаго: нужны ли статьи X т. ч. 1 1679—1685 о запродажѣ (Суд. Газета 1897 № 2).

теля на продаваемое имущество, и запрещеніе, лежащее на послѣднемъ, не задерживаетъ производства въ этой первой инстанціи; нотаріусъ убѣждается лишь въ свободѣ воли и договорномъ соглашеніи сторонъ. Наоборотъ, у старшаго нотаріуса сдѣлка разматривается именно съ точки зрѣнія перенесенія вещнаго права, и соответствующая провѣрка необходимо должна предшествовать переходу собственности. Вполнѣ естественно, что вопросъ о правомочіяхъ сторонъ въ промежуткѣ времени между первой и второй инстанціями, когда нотаріальная выпись находится въ рукахъ одной изъ нихъ, не могъ не возникнуть въ дѣловой жизни <sup>1)</sup>, и долженъ былъ вызвать недоумѣніе. Первоначально практика придерживалась прежняго единства и полагала, что договоръ нужно считать обязательнымъ для контрагентовъ лишь по прохожденіи второй инстанціи, а что до этого момента имѣется лишь проектъ договора. Такой взглядъ, съ точки зрѣнія дѣйствовавшаго дотолѣ права несомнѣнно правильный и вполнѣ соответствующій истинному значенію положенія 1866 г., не призваннаго вносить перемѣны въ наше матеріальное законодательство, былъ однако оставленъ впоследствии Сенатомъ, который въ 1886 г. (№ 96), подъ несомнѣннымъ вліяніемъ статьи Барковскаго, напечатанной въ началѣ того же года, разграничиваетъ *traditio* отъ *causa traditionis* и считаетъ, что, если утвержденіе договора старшимъ нотаріусомъ передаетъ право собственности, предварительное составленіе акта у нотаріуса порождаетъ въ свою очередь чисто обязательственный моментъ, который дотолѣ въ нашемъ правѣ всегда сливался съ вещнымъ дѣйствіемъ купли. Практическимъ результатомъ такого разграниченія въ названномъ рѣшеніи является признаніе обязательной силы договора до его утвержденія и права контрагента требовать завершения сдѣлки въ послѣдней инстанціи.

<sup>1)</sup> См. рѣшенія, приведенныя у Барковскаго, Журналъ гражд. и угол. права 1886 г. кн. I стр. 119 и 138.

Въ подробномъ своемъ разсужденіи Барковскій видитъ въ предлагаемомъ толкованіи прежде всего возвращеніе къ нашему древнему праву и въ особенности къ положенію, выраженному статьей 34 гл. XVII Уложения царя Алексѣя Михайловича <sup>1)</sup>. Но даже если признать, что названная статья (редакція которой, можетъ быть, заимствована изъ Литовскаго статута) <sup>2)</sup>, дѣйствительно примѣнялась въ нашей жизни хотя бы и до начала XVIII вѣка, то въ ней врядъ ли можно найти аргументъ въ пользу обязательной силы купли. Она касается лишь вопроса о приобрѣтеніи права на вещи, и яено, что тотъ изъ покупателей, который не получитъ онаго, можетъ требовать возвращенія покупной цѣны съ незаконно обогатившагося контрагента. Какъ извѣстно, у насъ вскорѣ восторжествовалъ принципъ, связывающій моментъ перехода права собственности съ совершеніемъ крѣпости, и этотъ принципъ вошелъ въ нашъ Сводъ <sup>3)</sup>, по которому все зависитъ отъ совершенія крѣпостныхъ обрядовъ: пока актъ не оконченъ, нѣтъ договора, а какъ только имѣется на лицо купчая, договоръ не только заключенъ, но отчасти уже исполненъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ купля-продажа, въ виду особенностей обстановки, распадается на два момента, трудно связать съ первымъ изъ нихъ понятіе объ *emptio-venditio* и придавать второму лишь значеніе *traditio*. Въ нашемъ правѣ до сихъ поръ при аукціонѣ окончательное заключеніе договора приурочено не къ удару молотка, а скорѣе къ выдачѣ крѣпостнаго акта <sup>4)</sup>. По крайней мѣрѣ и въ 1509 ст. X т. ч. 1 видно, что до полученія данной покупщикъ не можетъ

1) Предполагается въ этой статьѣ продажа одного участка двумъ лицамъ. Приобрѣтателемъ считается тотъ, кто записанъ въ книгу приказа; если никто не записанъ, то Уложение рѣшаетъ въ пользу перваго покупателя, „а послѣднему купцу велѣтъ на немъ (продавцѣ) доправить деньги“.

2) Статутъ 1588 г., Разд. VII, Арт. 5.

3) Ст. 1416.

4) См. колебанія Сената въ этомъ отношеніи у Вербловскаго, Журналъ гражд. и уголовного прав 1892 г. № 4.

распоряжаться своимъ правомъ, а это, конечно, говорить противъ договорной связи, порождающей определенное правоотношеніе. Конечно, учрежденіе, совершающее публичную продажу, можетъ быть принуждаемо къ выдачѣ данной, но это вытекаетъ изъ служебныхъ обязанностей должностнаго лица, а не изъ отношеній гражданского характера. Покупщикъ же путемъ иска не привлекается къ уплатѣ покупной суммы, и врученіе данной ему не навязывается, потеря задатка считается единственнымъ послѣдствіемъ его неисправности или уклончивости <sup>1)</sup>. Такого же направленія придерживаются не только наши новые процессуальные законы <sup>2)</sup>, но даже и уставы тѣхъ земельныхъ банковъ <sup>3)</sup>, которые относятъ ко дню аукціона начало права собственности пріобрѣтателя: послѣдніе рѣшаются на такую странную конструкцію, вѣроятно, для того, чтобы обосновать право покупателя на плоды именно со дня аукціона. Но тѣмъ не менѣе связь пріобрѣтателя съ банкомъ крайне шатка до выдачи крѣпостнаго документа, и все сводится лишь къ потерѣ задатка, если онъ не желаетъ заплатить покупную сумму <sup>4)</sup>.

Какъ бы то ни было, отрицать невозможно, что значеніе сенатскаго рѣшенія 1886 г. лежитъ не въ возвращеніи къ мнимой исторической традиціи, а въ тѣхъ практическихъ потребностяхъ, на встрѣчу которымъ оно идетъ. Несомнѣнно, что покупщику, какъ и продавцу, можетъ быть выгодно связаться до формальнаго акта; а въ виду слабости помощи, оказываемой запродажею, легко себѣ представить, что они предпочтутъ немедленно совершить купчую у нотаріуса. Тамъ не требуется уплаты денегъ или снятія запрещенія, и до заполнения такихъ пробѣловъ или устраненія подоб-

1) См. т. XVI ч. 2, Положеніе о взысканіяхъ гражданскихъ, ст. 302.

2) Уставъ гражданского судопроизводства ст. 1161 и 1170 п. 3.

3) См. приложение къ статьѣ 68 устава Государственнаго Дворянскаго банка § 60: „Лицо, купившее имѣніе съ публичнаго торга, признается собственникомъ имѣнія со дня торга, по которому оно осталось за нимъ“.

4) Приложение къ ст. 68 Устава Двор. Банка §§ 46. 47.

ныхъ препятствій ничто имъ не мѣшаетъ заключить нотаріальный договоръ купли-продажи.

Конструктивно такой договоръ отличается отъ запродажи: въ немъ сторона не обѣщаетъ будущаго заключенія купли, какъ при *actum de vendendo*, но тутъ же вступаетъ въ договоръ окончательный, который впоследствии уже не повторится контрагентами, а получить лишь добавочную санкцію, благодаря содѣйствию другаго представителя общественной власти, т. е. старшаго нотаріуса. Та изъ сторонъ, которая обѣщаетъ представить договоръ на утверждение сего послѣдняго, не заключаетъ договора о договорѣ, а просто берется совершить извѣстное необходимое дѣйствіе: обязательство заключается *in faciendo*, а не *in contrahendo* <sup>1)</sup>.

Несомнѣнно, однако, что эта конструктивная разница сама по себѣ не можетъ вліять на примѣнимость нотаріально составленнаго, но еще не утвержденаго, договора купли въ роли предварительной связи. Все зависитъ отъ пригодности такой сдѣлки въ жизни, отъ ея практическихъ удобствъ. Сенатъ, признавшій исковую силу купли <sup>2)</sup> до ея утверженія, не рѣшается, однако, провести ее по всеѣмъ пунктамъ. По вышеприведенному рѣшенію, какъ и по мнѣнію Барковскаго, та и другая сторона можетъ требовать представленія купчей къ утверженію, и если контрагентъ, къ которому обращено это требованіе, не исполнитъ его, то можно будетъ присудить неудовлетворенной сторонѣ вознагражденіе за понесенные убытки. Но тутъ возникаетъ еще иной вопросъ. Можетъ ли эта сторона, вмѣсто того, чтобы ограничиться расчетомъ объ убыткахъ, требовать самаго утверженія купчей и въ концѣ концовъ выдачи крѣпостнаго документа, помимо воли другаго контрагента? Сенатъ и здѣсь остался вѣрнымъ своей прежней точкѣ зрѣнія, не допускающей по-

<sup>1)</sup> Другаго мнѣнія Schmitz, Ueber den Vorvertrag bei Konsensualverträgen (1895) стр. 22.

<sup>2)</sup> Относительно дарственной записи см. рѣш. 1887 г. № 80.

нудительныхъ мѣръ для воздѣйствія на волю контрагентовъ. Тотъ изъ нихъ, у котораго въ рукахъ нотаріальная выпись, всегда можетъ представить ее на утверждене, даже если другая сторона явно выразить отрицательное настроеніе. Но если отказъ отъ представленія къ старшему нотаріусу будетъ заявленъ тѣмъ изъ контрагентовъ, которому выдана выпись на основаніи ст. 161 Положенія о нотаріальной части, то другая сторона (покупщикъ или продавецъ) не можетъ понудительнымъ образомъ достигъ перенесенія права собственности. И такимъ образомъ сила нотаріальнаго договора поставлена въ зависимость отъ обстоятельства, иногда случайнаго, т. е. нахождения выписи у того или другаго лица. Нужно еще замѣтить, что въ 1899 г. по поводу дѣла, гдѣ контрагентъ, представившій старшему нотаріусу прошеніе объ утвержденіи, впоследствии отказывался отъ своего заявленія, Сенатъ <sup>1)</sup> только опредѣлилъ, что первое волеизъявленіе должно остаться въ силѣ, и не рѣшился все-таки расширить вопросъ въ смыслѣ признанія купчей какъ бы утвержденной, когда держатель безъ основательныхъ поводовъ уклоняется отъ ея представленія въ крѣпостную инстанцію. Понятно, что контрагенты для избѣжанія всякаго риска предпочтутъ прибѣгнуть къ услугамъ самого нотаріуса, который въ силу своихъ служебныхъ обязанностей принужденъ будетъ исполнить возложенное на него порученіе. По въ такомъ случаѣ опять-таки нѣтъ принципиальнаго рѣшенія вопроса гражданскаго права, и нужно будетъ признать, что запродажа, какъ ее понимала практика до закона 1854 г., не можетъ считаться вполне замѣненной тѣмъ значеніемъ, которое въ настоящее время придается нотаріальному договору купли-продажи до его утвержденія.

---

<sup>1)</sup> Рѣшеніе Гражд. Департамента № 43.

## II.

До сихъ поръ разсматривалась исторія договора запродажи, когда онъ предшествуетъ купчей крѣпости. При этомъ было уже указано, что съ перваго же изданія Свода нашъ законъ предусматривалъ также запродажу движимаго имущества, но что соотвѣтствующая статья I ч. X тома должна была вызвать сомнѣнія и колебанія, не говоря уже о той роли, которую могутъ здѣсь сыграть соображенія общаго характера.

Когда продается недвижимость, формальный характеръ отчуждательнаго договора служитъ рѣзкимъ разграниченіемъ между запродажей и продажей. По отношенію къ движимому же имуществу подобная грань отсутствуетъ: соглашеніе сторонъ послѣ запродажи имѣетъ цѣлью вызвать вторичную встрѣчу, и тогда контрагенты заключаютъ новую сдѣлку, основные пункты которой уже были раньше установлены <sup>1)</sup>.

Разница теоретическая, конечно, существуетъ между этими двумя договорами: послѣ перваго обязательство состоитъ въ заключеніи сдѣлки, а послѣ втораго контрагенты должны уплатить деньги и доставить вещь. Но тутъ именно и напрашивается возраженіе: къ чему такое предварительное обѣщаніе о куплѣ, когда возможно немедленное заключеніе намѣченной сдѣлки, хотя бы и съ отнесеніемъ ея послѣд-

<sup>1)</sup> Ср. въ кас. рѣшеніи 1868 г. № 883 разсужденіе С.-Петербургской палаты: „Согласіе на совершеніе купчей крѣпости, выраженное въ договорѣ запродажи, можетъ имѣть значеніе только предварительнаго согласія, а самая запродажа есть только предварительный, а не главный, договоръ, на заключеніе котораго требуется еще окончательное согласіе обѣихъ договаривающихся сторонъ: въ противномъ случаѣ не было бы никакой надобности въ совершеніи особаго акта“. См. еще 1868 г. № 1850; 1875 г. № 874.

ствій въ болѣе отдаленное будущее? Очевидно, въ жизни съ этимъ вопросомъ приходится считаться, и наша практика рѣдко имѣла случай встрѣтиться съ договоромъ запродажи движимости въ настоящемъ смыслѣ слова. Всегда мыслимы случаи, гдѣ продающіе и покупающіе движимость пожелають облечь договоръ въ извѣстную форму, напр., нотаріальную <sup>1)</sup>; а передъ этимъ они все-таки считаютъ цѣлесообразнымъ связаться взаимнымъ или одностороннимъ обѣщаніемъ о заключеніи купли: въ такомъ случаѣ предварительный договоръ будетъ типичной запродажей. Но въ виду сравнительной рѣдкости такихъ именно случаевъ и вообще малой распространенности запродажи движимости, Сенатъ нашелъ полезнымъ воспользоваться терминомъ „запродажа“ для удовлетворенія другихъ потребностей.

Большимъ мѣстомъ ученія о продажѣ въ нашемъ Сводѣ является, какъ извѣстно, ст. 1384, воспреещающая продавать чужое имущество. Объясненіе этому положенію нужно искать, по всему вѣроятію, въ вещномъ характерѣ нашей продажи: разъ послѣдняя переноситъ на покупателя право собственности, весьма понятно, что такое послѣдствіе немислимо, когда продается вещь чужая: недостиженіе цѣли отражается на дѣйствительности сдѣлки. Однако на каждомъ шагѣ чувствуется потребность въ договорной связи по поводу вещей, которыя впоследствии должны быть приобрѣтены продавцомъ для передачи ихъ покупщику. Въ такихъ случаяхъ Сенатъ и прибѣгалъ къ понятію о запродажѣ: неоднократно Кассационнымъ Департаментомъ было разъяснено, что чужая вещь не можетъ быть предметомъ *продажи* и что, когда продавецъ не имѣетъ еще въ моментъ заключенія договора права собственности на вещь, сдѣлка должна быть признана *запродажей* <sup>2)</sup>. Прежде всего должно замѣ-

1) Рѣш. Гражданскаго Департамента 1880 г. № 94.

2) Гражданскій Департаментъ 1868 г. № 788; 1869 г. № 1093; 1870 г. № 1381; 1871 г. №№ 618, 910.



тить, что такое построение не особенно нужно уже потому, что у насъ существуетъ договоръ *поставки*, на который возлагается та же функція, вслѣдствіе чего будетъ почти невозможнымъ различить эти два договора. А кромѣ того запродажа, въ смыслѣ <sup>1)</sup> только что приведенныхъ сенатскихъ рѣшеній, уже не есть *actum de contrahendo*, такъ какъ она порождаетъ не право на заключеніе новаго договора, а лишь право на исполненіе въ видѣ передачи вещи и уплаты денегъ. Сенатъ однако это исполненіе называетъ продажею, а терминъ „запродажа“ онъ примѣняетъ къ той сдѣлкѣ, на основаніи которой производится уплата и происходитъ передача <sup>2)</sup>.

Несмотря на подобное переставленіе понятій, вызванное, вѣроятно, укоренившимся у насъ взглядомъ на куплю, какъ на вещную сдѣлку, Сенатъ въ сущности, хотя и окольнымъ путемъ, приходитъ къ тому же результату, къ которому дошли французскіе суды. Ст. 1384 Кодекса Наполеона также воспрещаетъ продажу чужой вещи, но практика во Франціи давно уже признала, что, когда покупатель объ этомъ знаетъ, продажа считается дѣйствительной, если впоследствии вещь перешла въ собственность продавца <sup>3)</sup>. Хотя французскіе юристы здѣсь обходятся безъ понятія о запродажѣ, положеніе тождественно: у нихъ, какъ и въ рѣшеніяхъ нашего Сената, контрагенты въ данномъ случаѣ связаны и пользуются исковой защитой.

Однако въ нашей литературѣ названная попытка Сената

---

<sup>1)</sup> Болѣе правильное пониманіе можно отмѣтить въ протоколахъ С.-Петербургскаго Юридическаго Общества, Журн. гражд. и угол. права 1880 г. кн. 5 и 6, стр. 123—178.

<sup>2)</sup> Сенатъ 1870 г. № 1381: „Существенный признакъ продажи движимыхъ вещей по буквальному содержанію 1510 ст. заключается именно въ томъ, что передача отъ продавца покупщику совершается дѣйствительно врученіемъ“. См. также рѣшеніе 1869 г. № 1093 и Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданского права III, стр. 324.

<sup>3)</sup> Ср. Guillaouard, *Traité de la vente* I, стр. 210.

общаго сочувствія не нашла <sup>1)</sup>), и противъ нея былъ даже выставленъ аргументъ, заимствованный изъ ст. 1682 1 ч. X тома, въ которомъ выраженію „свое имущество“ придавалось такое значеніе, что запродавщикъ долженъ быть непременно собственникомъ запроданнаго имущества. Эта аргументація впоследствии повліяла и на Сенать <sup>2)</sup>), такъ что здѣсь приходится констатировать новое и совершенно неожиданное препятствіе къ болѣе широкому, хотя бы и не всегда правильному, примѣненію запродажи въ жизни.

Проектъ обязательственнаго права, изданный Коммисіею по составленію гражданскаго Уложенія въ 1899 г., не знаетъ запрещенія продавать чужую вещь <sup>3)</sup>), и такимъ образомъ онъ могъ понятно обойтись безъ запродажи въ только что указанномъ смыслѣ. Составители проекта идутъ однако дальше и не допускаютъ вовсе запродажи движимаго имущества <sup>4)</sup>). Какъ основаніе къ такому отрицательному отношенію, приводятся рѣдкость и ненужность этой сдѣлки въ жизни <sup>5)</sup>). Несомнѣнно, что по мѣрѣ того, какъ въ законодательствѣ договоры получаютъ большую упругость и растяжимость, роль предварительной связи постепенно умалается <sup>6)</sup>). Когда контрагенты имѣютъ право вносить съ самаго начала въ договоръ всякія условія и оговорки, то для нихъ впоследствии никакой надобности нѣтъ въ новомъ обмѣнѣ тождественныхъ по содержанію волеизъявленій <sup>7)</sup>); наступленіе или ненаступленіе предвидѣнныхъ и оговоренныхъ событій даетъ, и безъ того, заключенной сдѣлкѣ избранное сторонами направленіе. Стороны могутъ въ одну единственную сдѣлку внести цѣлый

<sup>1)</sup> См., напр., Змирловъ, Журналъ гражд. и угол. права 1882 г. кн. 3 стр. 57. и тамъ-же 1885 г., № 7 стр. 110.

<sup>2)</sup> 1875 г. № 366.

<sup>3)</sup> Объяснительная записка къ ст. 186 проекта.

<sup>4)</sup> Ст. 236 проекта: „По договору запродажи одна сторона обязуется продать... определенное недвижимое имѣніе“.

<sup>5)</sup> Объяснительная записка къ ст. 236.

<sup>6)</sup> Ср. Degenkolb, Archiv für civ. Praxis LXXI, стр. 87.

<sup>7)</sup> См. однако G ö r p e r t въ Kritische Vierteljahrschrift, XIV, стр. 420.

рядъ обязательствъ, которыя при исполненіи предусмотрѣнныхъ условій будутъ назрѣвать, можетъ быть, въ теченіе многихъ лѣтъ. Представимъ себѣ, напр., случай, когда двѣ фирмы вступаютъ въ извѣстныя дѣловыя отношенія, въ силу которыхъ одна изъ нихъ обязывается поставлять другой какой-нибудь товаръ по опредѣленнымъ цѣнамъ. Онѣ могутъ легко обойтись безъ запродажи въ смыслѣ обѣщанія нѣсколькихъ будущихъ продажъ; и германская судебная практика предпочитаетъ усматривать въ заключеніи названной сдѣлки непосредственную и окончательную куплю-продажу, которая служитъ основаніемъ для цѣлаго ряда отдѣльныхъ дѣйствій въ будущемъ <sup>1)</sup>.

Но формальный крѣпостной актъ мало гибокъ по своей природѣ и не поддается такимъ расширеніямъ, тѣмъ болѣе что у насъ онъ означаетъ переходъ права собственности, и въ такомъ случаѣ все, что преняется въ вещной функціи, вмѣстѣ съ тѣмъ отражается вообще и на договорной силѣ акта. Вотъ почему передъ продажей недвижимости приходится прибѣгать къ *actum de vendendo* для установленія предварительной связи.

Однако и по поводу движимаго имущества запродажа можетъ оказаться полезной, когда, напр., сторонамъ въ настоящую минуту видны лишь общія черты сдѣлки, а цѣлый рядъ побочныхъ, но тѣмъ не менѣе важныхъ, обстоятельствъ выяснится только впоследствии; имъ тогда выгодно будетъ заключить запродажу съ обязательствомъ вступить позже въ куплю-продажу съ расширеннымъ содержаніемъ. Но наша практика до сихъ поръ расположена, по крайней мѣрѣ относительно движимаго имущества, придерживаться необходимости полной тождественности содержанія обѣихъ сдѣлокъ и скорѣе допускаетъ болѣе полную запродажу <sup>2)</sup>, чѣмъ обрат-

1) См. случай, приведенные у *Schmitz*, Ueber den Vorvertrag, II, § 5.

2) Рѣш. Гражд. Департамента 1874 г. № 573; 1875 г. № 874; 1877 г. № 131.

ное явленіе <sup>1)</sup>). Извѣстное, даже внѣшнее, сходство должно быть, конечно, на лицо уже для того, чтобы можно было доказать, что заключеніе данной купли-продажи является именно исполненіемъ прежней запродажи; изъ чего однако не слѣдуетъ выводить, что купля-продажа не можетъ содержать пункты, не упомянутые въ запродажѣ.

Рядомъ съ такимъ, всегда возможнымъ, проявленіемъ запродажи движимаго имущества нужно упомянуть еще о правѣ выкупа и о правѣ преимущественной покупки, установленныхъ при возмездномъ отчужденіи. Въ первомъ случаѣ продавецъ получаетъ возможность возвратитъ себѣ вещь, когда ему угодно; во второмъ это возвращеніе можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда третье лицо предлагаетъ приобрѣтателю извѣстную покупную сумму; бывший продавецъ, уплативъ эти деньги, становится хозяиномъ вещи. Можно себѣ представить здѣсь по крайней мѣрѣ двѣ <sup>2)</sup> юридическія конструкціи: или будущую продажу подъ условіемъ, что продавецъ выступитъ потомъ въ роли покупателя <sup>3)</sup> (при чемъ предъявителю права преимущественной покупки придется сослаться на постороннее предложеніе), или запродажу въ смыслѣ обѣщанія покупателя заключить впоследствии продажу съ нынѣшнимъ продавцемъ <sup>4)</sup>. Проектъ обязательственнаго права не сочувствуетъ установленію договорнаго права выкупа на недвижимое имущество, находя его вреднымъ для собственности <sup>5)</sup>. Такое опасеніе является до извѣстной степени основательнымъ, когда создается право выкупа, вносимое въ крѣпостныя книги и получающее вслѣдствіе этого вещный или абсолютный характеръ. Но право выкупа, устано-

1) См. однако рѣшеніе 1868 г. № 650.

2) Въ австрійскомъ уложеніи ст. 1068 какъ бы приравниваетъ выкупъ къ экспроприаціи.

3) Въ такомъ смыслѣ толкуется ст. 313 германскаго Уложенія у *Crome*. *System des bürgerlichen Rechts* II, стр. 488.

4) Саксонское уложеніе, ст. 1121.

5) Объяснительная записка, томъ I стр. 503 сл.

вляемое простымъ договоромъ и распространяющее свое дѣйствіе лишь на перваго покупателя, участвовавшаго въ договорѣ, не угрожаетъ собственности, какъ таковой. Кромѣ того составители проекта упоминаютъ лишь о выкупѣ недвижимаго имущества, и въ своей запискѣ они ничего не говорятъ объ обратной покупкѣ движимой вещи. Будетъ ли такой побочный договоръ запродажей или условной покупкой? Если рѣшать вопросъ на основаніи общаго духа проекта, придется высказаться за второе построеніе, такъ какъ составители вообще отрицаютъ существованіе запродажи движимаго имущества. Но отъ такого вывода нужно отказаться послѣ прочтенія статей 233 и 234 проекта, посвященныхъ побочному договору о правѣ преимущественной покупки. Изъ нихъ видно, во-первыхъ, что названная сдѣлка можетъ касаться и *движимаго* имущества <sup>1)</sup>, а во-вторыхъ, что продавецъ имѣетъ право рассчитывать, что покупательъ ему „предложитъ купить вещь“ <sup>2)</sup>. Рѣчь идетъ очевидно о заключеніи договора въ будущемъ, и проектъ приблизительно такъ же выражается, когда онъ въ ст. 236 говоритъ о *запродажѣ* <sup>3)</sup> недвижимаго имущества, исполненіе которой тоже состоитъ въ заключеніи договора.

Трудно себѣ объяснить, почему составители проекта, признавъ, хотя и косвеннымъ образомъ, запродажу движимости въ ст. 234, отрицаютъ ея практическое значеніе на стр. 514 объяснительной записки.

Если считать договоръ о правѣ преимущественной покупки, *actum protimiseos*, запродажей, то придется признать

1) Ст. 233 . . . „прежній продавецъ, подъ страхомъ потери . . . права преимущественной покупки, обязанъ при продажѣ *движимаго имущества* . . .“.

2) Ст. 234: „Продавецъ можетъ воспользоваться предоставленнымъ ему правомъ преимущественной покупки и въ томъ случаѣ, когда покупательъ продать имущество, не *предложивъ* предварительно *продавцу* купить оное“.

3) „По договору запродажи одна сторона *обязуется* продать, а другая купить къ назначенному въ договорѣ сроку определенное недвижимое имущество за условленную цѣну“.

ее одностороннею: продавец приобретает право, но не обязанность, купить впоследствии продаваемую вещь; покупатель же не может *требовать*, чтобы вторая купля была заключена. Но составители проекта, наоборот, в ст. 236 представляют себя запродажу недвижимости, как *двусторонний* договор, из которого оба контрагента приобретают определенное требование: один из них имеет *право* выступить в роли продавца, другой—в роли покупателя. И вот здесь именно нужно заметить, что если запродажа движимости может играть какую-нибудь существенную роль в обороте, то, главным образом, когда она облекается в *односторонний* договор: покупатель приобретает право купить впоследствии вещь, но не может быть принужден к этому продавцом, который взял на себя лишь одну обязанность, без всякаго права на заключение окончательнаго договора <sup>1)</sup>. Непонятно, каким образом составители проекта, цитируя неоднократно ст. 1589 Кодекса Наполеона в своей объяснительной записке <sup>2)</sup>, не остановились подробнѣе на ея истинномъ смыслѣ, давно уже выясненномъ французской практикой.

По нашему нынѣ действующему праву, когда состоится обоюдное соглашеніе относительно движимой вещи и цѣны, договоръ продажи окончательно заключенъ, и собственность, согласно нынѣ господствующему взгляду, переходит тогда къ покупщику, такъ что никакой надобности нѣтъ в дальнѣйшемъ объѣмѣ волеизъявленій. Но если лишь одинъ продавецъ связался, а покупатель имеетъ право платить или не платить, требовать или не требовать вещи, то положеніе совсѣмъ иное, такъ какъ мы имѣемъ дѣло лишь съ половиннымъ правоотношеніемъ. Отъ покупателя, и только отъ

<sup>1)</sup> Ср. A d l e r, Realcontract und Vorvertrag въ Hering's Jahrbücher. XXXI стр. 270.

<sup>2)</sup> Стр. 514 и 515.

него, зависить превратить своимъ волеизъявленіемъ эту связь въ обыкновенную куплю-продажу.

Спрашивается: что можетъ побудить покупателя къ заключенію такой сдѣлки, гдѣ онъ сохраняетъ свободу, а продавецъ связанъ? Легко, кажется, представить себѣ стеченіе такихъ обстоятельствъ, при которыхъ у одного контрагента обнаружится серьезное намѣреніе заключить сдѣлку, сопровождаемое однако явнымъ желаніемъ сохранить полную свободу дѣйствій. По общему правилу, такая обстановка означаетъ, что и другая сторона всеѣмъ еще не стѣснена предложеніемъ, ей сдѣланнымъ, и что она, когда ей угодно, можетъ взять его обратно. Предположимъ, что А предлагаетъ товаръ другому лицу В: если В не приметъ въ окончательной формѣ этого предложенія, то А можетъ отъ него отказаться, и В никогда не будетъ гарантированъ, что ему удастся потомъ найти у А этотъ товаръ, который ему, можетъ быть, впоследствии будетъ необходимъ; а тотчасъ же связаться онъ въ виду определенныхъ обстоятельствъ не можетъ. Въ подобныхъ случаяхъ односторонняя запродажа должна сослужить службу: продавецъ, въ силу предварительнаго соглашения, обязанъ продать названныя вещи по обѣщанной цѣнѣ, тогда какъ его контрагентъ въ теченіе извѣстнаго срока можетъ, но не обязанъ, осуществить свое правомочіе. Очень жаль, что составители проекта упустили изъ виду эту существенную функцію запродажи движимости. Конечно, можно возразить, что наше будущее Уложеніе знаетъ случай <sup>1)</sup>, гдѣ сторона, предложившая заключеніе сдѣлки (между присутствующими) <sup>2)</sup>, связана своимъ оффертомъ, помимо всякой запродажи: именно когда вмѣстѣ съ предложеніемъ устанавливается и срокъ для принятія онаго. Но между такой связью, вытекающей изъ односторонняго воле-

<sup>1)</sup> Ст. 7 Проекта.

<sup>2)</sup> Для договоровъ между отсутствующими Проектъ содержитъ особая положенія, см. ст. 8 и сл.

изъявленія, и положеніемъ, создаваемымъ *договоромъ* запродажи, лежитъ существенная разница. Въ случаѣ односторонняго, хотя и обязательнаго, офферта, офферентъ, отказавшійся отъ заключенія договора, отвѣчаетъ лишь за убытки, причиненные его неправильнымъ образомъ дѣйствій, но нѣтъ противъ него иска о заключеніи купли-продажи. Наоборотъ, при запродажѣ неисполненіе общапаго въ договорѣ дѣйствія даетъ другому контрагенту право настаивать на исполненіи сдѣлки, т. е. на заключеніи купли-продажи. И такъ какъ въ случаѣ запродажи недвижимаго имущества составители проекта <sup>1)</sup> даютъ покупщику возможность провести понудительное приобрѣтеніе запроданнаго имущества и допускаютъ, въ виду даннаго другимъ контрагентомъ общапаго, перенесеніе собственности и помимо измѣнившейся загѣмъ воли сего послѣдняго, ничто имъ не мѣшало, если бы они признали значеніе предварительной связи въ только-что указанномъ смыслѣ *односторонняго договора*, распространить допущенную ими защиту также на запродажу движимаго имущества. Они несомнѣнно оказали бы услугу обороту.

---

<sup>1)</sup> Ст. 239: „Если запродажа совершена у нотаріуса . . . , то покупщикъ можетъ требовать судебнымъ порядкомъ записки за нимъ запроданнаго имѣнія по вотчинной книгѣ . . . “. Проектъ новаго Устава гражданскаго судопроизводства 1900 г. такъ далеко не идетъ въ ст. 1583 и сл.



### III.

На предыдущихъ сраницахъ было указано на то неблагопріятное вліяніе, которое имѣлъ у насъ на развитіе запродажи законъ 1854 г. Одна изъ главныхъ причинъ этой неудачи должна быть разсмотрѣна отдѣльно въ связи съ вопросомъ о задаткѣ, такъ какъ именно установленіе задаточныхъ росписокъ названнымъ закономъ окончательно подорвало примѣненіе запродажныхъ записей среди публики.

Когда заключается односторонній *actum de vendendo*, то право на исполненіе договора имѣетъ лишь одинъ изъ контрагентовъ. Но если будущій покупатель уплатитъ задатокъ съ тѣмъ, чтобы лишиться оного въ случаѣ незаключенія обѣщанной купли, то такимъ путемъ создается гарантія для запродавшаго; хотя запродажа и остается здѣсь одностороннимъ договоромъ уже потому, что запродавшій, послѣ врученія задатка, иска объ исполненіи все-таки не пріобрѣтаетъ, тѣмъ не менѣе прочность предварительной сдѣлки увеличивается созданіемъ нѣкотораго равновѣсія; при чемъ интенсивность защиты еще усиливается, когда стороны кромѣ того постановятъ, что вина получившаго задатокъ должна повлечь за собою обязанность двойной выдачи. Въ такой обстановкѣ искъ, возникшій противъ запродавшаго контрагента, какъ бы ступшевывается, и центръ тяжести переносится на задатокъ. Потому и неудивительно, что нѣкоторыя законодательства <sup>1)</sup> даже отрицаютъ возможность иска объ исполненіи послѣ врученія задатка, не говоря уже о римскомъ правѣ, гдѣ

<sup>1)</sup> Кодексъ Наполеона, ст. 1590: „Если обѣщаніе продать сопровождалось задаткомъ, то каждая изъ договаривающихся сторонъ можетъ отступить отъ договора,—давая задатокъ, теряя его, а получившая, возвращая его вдвойнѣ“.

предварительный уговоръ, облеченный въ форму *rustum*, принципиально не могъ создать исковую защиту <sup>1)</sup>. Но мыслимо врученіе обезпечивающей суммы и безъ заключенія договора запродажи: стороны имѣли, конечно, въ виду будущій договоръ купли-продажи, но ни та, ни другая не обязались еще его заключить. Договорная воля относится пока лишь къ задатку: получившій задатокъ обѣщаетъ возратить его въ двойномъ количествѣ, если по его винѣ не будетъ достигнуто заключеніе договора, и на такой же случай другая сторона соглашается на потерю онаго. Итъ договора купли, итъ также договора запродажи, а есть просто договоръ о задаткѣ — *rustum arrhale*, и такъ какъ задатокъ вручается до заключенія имѣющей въ виду сдѣлки, юристы назвали его въ такомъ случаѣ — *arrha pacto imperfecto data*. Слова „*pacto imperfecto*“ относятся къ куплѣ или запродажѣ, которыя еще не заключены, а не къ самому задаточному договору, безъ котораго, конечно, не могло быть установлено лишеніе задатка или возвращеніе двойной суммы <sup>2)</sup>.

Подобное построеніе встрѣчается также въ западно-европейскихъ законодательствахъ, и можно, напримѣръ, привести ст. 898 саксонскаго Уложенія, въ которой задатокъ уплачиваемый въ виду заключенія договора въ будущемъ иной договорной связи не устанавливаетъ, кромѣ обязанности вернуть или потерять задаточныя деньги <sup>3)</sup>. Можно предположить, что нашъ законодатель въ свою очередь имѣлъ въ виду иѣчто подобное, когда онъ нормировалъ задаточную росписку въ положеніяхъ закона 1854 г., вошедшихъ впоследствии въ ст. 1685 и сл. Свода 1857 г.

1) Cp. Sinteris, *Gemeines Civilrecht* II § 99.

2) См. въ этомъ смыслѣ Griesinger, *Commentar zum Württembergischen Landrecht* (1793) I § 167.

3) „Ist ein Draufgeld zu der Erwartung... dass ein Vertrag geschlossen werde, gegeben worden...“ Здѣсь содержится особенность задатка на тотъ случай когда онъ обезпечиваетъ заключеніе будущаго договора. При обезпеченіи исполненія уже заключенной сдѣлки онъ не имѣетъ значенія отступнаго, см. ст. 895.

Запродажная запись представляла то неудобство, что, когда она писалась о недвижимомъ имуществѣ, требовались по ст. 1417 (изданія 1842 г.) составленіе акта на гербовой бумагѣ, и кромѣ того засвидѣтельствованіе у крѣпостныхъ дѣлъ. Для того, чтобы стороны могли посредствомъ домашняго акта создать между собою нѣкоторую связь передъ заключеніемъ настоящаго договора, законодатель въ 1854 г. ввелъ задаточныя росписки, которыя, какъ и по французскому праву <sup>1)</sup>, создаютъ обоюдную гарантію, въ томъ смыслѣ, что предвидится и карается виновность не одного только лица, уплатившаго задатокъ, но и получившаго оный. Однако между французскимъ и нашимъ правомъ существуетъ та разница, что ст. 1590 Кодекса предполагаетъ наличность договора *запродажи*, къ которому прибавилось врученіе задатка, играющаго здѣсь роль отступнаго (*arrha poenitentialis*), тогда какъ въ нашемъ законѣ предполагается простое условіе о задаткѣ.

Если взять ст. 1685 <sup>2)</sup> нашего Свода, то будетъ видно, что къ задаточной роспискѣ стороны могутъ прибѣгнуть не только передъ куплей, но и передъ самой запродажей. Это значить, другими словами, что задаточная росписка не есть запродажа. Въ этихъ задаточныхъ роспискахъ, конечно, должны быть упомянуты, согласно п. а, ст. 1686, главные пункты намѣченнаго договора, въ противномъ случаѣ контрагентамъ было бы впоследствии очень трудно доказать заключеніе именно того договора, который имѣлся въ виду при составленіи росписки. Но значеніе сей послѣдней ле-

<sup>1)</sup> Ст. 1590 Кодекса означаетъ, что при общаніи продать задатокъ всегда означаетъ отступное и цитаты, которыя Змирловъ (Журн. Мин. Юст. 1904 № 1, стр. 170) приводитъ изъ французскихъ авторовъ только подтверждаютъ сходство такого задатка съ особымъ характеромъ обезпеченія въ нашей задаточной роспискѣ.

<sup>2)</sup> „Если условившіеся о продажѣ пожелаютъ, по какой-либо причинѣ, до совершенія купчей или *формальной запродажной записи*, обезпечить свое предварительное условіе задаткомъ...

жить исключительно въ признаніи полученія задатка, изъ котораго могутъ быть выводимы только извѣстные имущественныя послѣдствія. Отрицать нельзя, что въ ст. 1686 и 1687 встрѣчаются выраженія, которыя нѣсколько затемняютъ правильное построеніе сдѣлки. Въ первой изъ нихъ подъ б) упоминается *соглашеніе* о продажѣ <sup>1)</sup>, а въ началѣ ст. 1687 <sup>2)</sup> какъ бы признается, съ одной стороны право, а съ другой обязанность совершить куплю. Однако болѣе внимательное разсмотрѣніе названныхъ статей убѣждаетъ, что такого рода впечатлѣніе не совсѣмъ соотвѣтствуетъ дѣйствительному смыслу закона. Соглашеніе сторонъ неминусомо: безъ него стороны не дошли бы до составленія задаточной росписки, но тѣмъ не менѣе можно утверждать, что ихъ волеизъявленія относятся къ одному только задатку и къ его участи, и вовсе не создаютъ *factum de contrahendo* въ тѣсномъ смыслѣ слова <sup>3)</sup>. Послѣ составленія задаточной росписки стороны связаны лишь въ томъ отношеніи, что незаключеніе договора наноситъ имъ извѣстный имущественный вредъ; но нигдѣ не сказано, что изъ задаточной росписки вытекаетъ какое-либо право добиваться заключенія будущаго договора. Въ ст. 1687 хотя и упоминается о взысканіи, но подъ этимъ разумѣется необходимость процессуальнаго дѣйствія для полученія двойнаго задатка. Вся статья имѣетъ лишь цѣлью установить, при какихъ условіяхъ задатокъ теряется или возвращается вдвойнѣ; кромѣ этихъ послѣдствій, ника-

1) „Росписка о задаткѣ... должна содержать въ себѣ... означеніе условій, на основаніи коихъ стороны согласились заключить между собою договоръ продажи...“.

2) „До истеченія сего срока продавецъ и покупательъ обязаны заключить... купчую крѣпость или по крайней мѣрѣ запродажную записку...“.

3) Ст. 1687 ...Въ случаѣ отказа продавца отъ совершенія формальнаго акта, онъ долженъ возвратить задатокъ въ двойномъ количествѣ, но для сего росписка должна быть покупателемъ представлена ко взысканію (въ теченіе 6 недѣльнаго срока). Если отъ совершенія формальнаго акта откажется покупатель, то онъ теряетъ свой задатокъ въ пользу продавца; за симъ уже не можетъ быть ни съ которой стороны требуемо совершеніе формальнаго акта.

кого другого права, между прочимъ и права на убытки <sup>1)</sup>, за контрагентами не признается въ теченіе установленныхъ закономъ шести недѣль, и тѣмъ болѣе не можетъ быть рѣчи о правѣ той или другой стороны требовать совершенія формальнаго акта или взыскивать вознагражденія за причиненный вред по истеченіи этого срока, такъ какъ *acta rasto imperfecto data* съ самаго начала такихъ правомочій не создавала.

Но, не смотря на такія чисто редакціонныя неточности въ разсматриваемыхъ статьяхъ, задаточная росписка сдѣлалась очень быстро однимъ изъ наиболѣе популярныхъ явленій въ нашей дѣловой жизни. Контрагентовъ привлекала не только простота самаго акта и безвозмездность бумаги <sup>2)</sup>, но главнымъ образомъ прочность обезпеченія. Безъ всякихъ особыхъ оговорокъ и упоминаній одинъ фактъ врученія задатка, удостовѣряемый роспиской, создавалъ сразу двойную гарантію, тогда какъ за внесеніемъ задатка въ запродажную записку такого безмолвнаго штрафнаго значенія практика признавать не хотѣла <sup>3)</sup>. Къ этому обстоятельству нужно еще прибавить вышеуказанное ослабленіе исковой силы запродажной записки послѣ закона 1854 г., благодаря которому послѣдняя сдѣлка въ этомъ отношеніи отъ задаточной росписки уже не отличалась и также къ понудительному пріобрѣтенію собственности вести не могла. Разницею между ними являлся лишь искъ объ убыткахъ, порождаемый только одной запродажею, но затрудненія, неизбѣжно связанныя съ обязанностью

1) Сенатъ 5 ноября 1903 (См. Журн. Мин. Юст. 1904 № 1, стр. 164) впервые разъяснилъ нынѣшнюю ст. 1686 г. X тома именно въ этомъ смыслѣ. Проектъ селскаго Устава о договорахъ (Труды редакціонной комиссіи по пересмотру законоположеній о крестьянахъ 1903, томъ I) идетъ дальше и постановляетъ, что задатокъ во всѣхъ случаяхъ предполагается отступнымъ (ст. 187).

2) Ст. 1686: „Росписка о задаткѣ, которая можетъ быть написана и не на гербовой бумагѣ...“ Относительно расходовъ по составленію запродажной ем. т. V Свода (по изд. 1857 г.), Уставъ о пошлинахъ ст. 134 п. 10.

3) См. рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента 1871 г., № 539; 1874 г., № 870; 1875 г., № 30.

доказать размѣръ имущественнаго вреда, послужили въ сущности новымъ доводомъ въ пользу простаго и твердаго мѣрила, какимъ является задатокъ. Потому и неудивительно, что публика стала все чаще и чаще прибѣгать къ задаточнымъ роспискамъ, и въ концѣ концовъ оказалось, что грань раздѣляющая запродажу и задаточную росписку, стала все менѣе и менѣе замѣтной; ее перестали сознать не только въ жизни <sup>1)</sup>, въ судебной практикѣ <sup>2)</sup>, въ литературѣ <sup>3)</sup>, но даже и въ законодательныхъ учрежденіяхъ <sup>4)</sup>.

Оставалась лишь одна чисто фискальная разница: задаточная росписка, которая ишалась сначала на простой бумагѣ, послѣ 1874 г. подлежала простому гербовому сбору <sup>5)</sup>, тогда какъ запродажныя записи, освобожденныя послѣ 1866 г. отъ необходимости явки <sup>6)</sup>, должны были быть оплачиваемы пропорціональнымъ сборомъ <sup>7)</sup>. Въ 1877 г. произошелъ пересмотръ законоположеній о задаточныхъ роспискахъ, вызванный необходимостью измѣнить установленный въ 1854 г. шестинедѣльный срокъ, который считался максимальнымъ промежуткомъ времени не только для освобожденія отъ задаточной отвѣтственности путемъ заключенія намѣченнаго договора, но вмѣстѣ съ тѣмъ для иска о выдачѣ двойной суммы. При такомъ положеніи неисправный контрагентъ могъ до 42-го дня подавать надежды на заключеніе договора, а по истеченіи этого послѣдняго дня право на реали-

1) См. замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ (изд. редак. комисіи), стр. 604.

2) См., напр., рѣшеніе Кассационнаго Департамента 1892 г. № 12.

3) Ср. между прочимъ Ш м а н о в с к і й, О задаточныхъ роспискахъ (Казань, 1878), стр. 9; также З м и р л о в ъ, Журналъ гражд. и угол. права 1885, кн. 7 стр. 111; позже А н н е н к о в ъ, Система III, стр. 230; „Хотя запродажная записка представляется такимъ же предварительнымъ договоромъ о совершеніи въ будущемъ договора купли-продажи, какъ и задаточная росписка“... Сознаніе разницы замѣтно у одного Л ю б а в с к а г о, Монографіи, I, стр. 95.

4) См. Отчетъ Государственнаго Совѣта за 1877 г. стр. 108.

5) Гербовый уставъ 1874 г. (т. V по изд. 1886 г.) ст. 9 п. 6.

6) Ст. 1683, I ч., X т. (по изд. 1887 г.).

7) Гербовый уставъ 1874 г., ст. 20, п. 1.

зацію задаточной гарантії также считалось погашеннымъ <sup>1)</sup>. Законъ 22 октября 1877 г. создалъ два срока: первый, устанавливаемый сторонами и во всякомъ случаѣ не превышающій 12 мѣсяцевъ, означаетъ наступленіе задаточныхъ послѣдствій, а для иска о возвращеніи двойнаго количества назначается еще годичный срокъ <sup>2)</sup>. Хотя въ новой редакціи встрѣчаются еще болѣе опредѣленныя выраженія по поводу „обязанности“ сторонъ заключить договоръ <sup>3)</sup>, однако на самомъ дѣлѣ и здѣсь задатокъ остается *argha pacto imperfecto data*, такъ какъ никакихъ другихъ правомочій, кромѣ задаточныхъ, эта росписка не создаетъ.

Послѣ такого улучшенія задаточная росписка могла только глубже укорениться, и смѣшеніе съ нею запродажи только ускориться. Въ задаточныхъ роспискахъ стали говорить о *запроданномъ* имуществѣ <sup>4)</sup>, не придавая впрочемъ этому слову специфическаго значенія и не связывая съ нимъ представленія объ искѣ, направленномъ къ совершенію купчей. Все сводилось въ концѣ концовъ къ наименованію самаго документа: если стороны называли его запродажею, то подлежали пропорціональному сбору; если же онѣ предпочитали другой, несравненно болѣе распространенный, заголовокъ, то онѣ сокращали значительно расходъ. Но и эта разница исчезла послѣ новаго гербоваго Устава 1900 г., такъ какъ послѣдній для обѣихъ сдѣлокъ создаетъ однообразный размѣръ сбора <sup>5)</sup>.

И теперь контрагенты по прежнему крайне рѣдко прибѣгаютъ къ запродажѣ, почти всегда предпочитая задаточную росписку. Запродажная можетъ пригодиться лишь тогда, когда

1) См. Отчетъ Государственнаго Совѣта за 1877 г., стр. 105.

2) Ст. 1686 и 1687 по изд. 1887 г.

3) Ст. 1686 .... „самый срокъ, въ теченіе коего онѣ обязуются совершить зоть актъ...“

4) Ср. образцы запродажной и задаточной росписки у Мартынова, Положеніе о нотаріальной части, стр. 507.

5) Собр. узак. 1674, ст. 57 Устава.

желательно обезпечить заключеніе купли неустойкой, для которой въ задаточной росписки мѣста нѣтъ <sup>1)</sup>, или когда до совершенія купли покупщику предоставляются извѣстные права по отношенію къ продаваемой вещи. Въ послѣднемъ случаѣ подъ названіемъ запродажи продавцемъ выдается въ сущности довѣренность.

Составители Проекта обязательственнаго права считаютъ ненужнымъ сохраненіе нынѣ столь распространенныхъ задаточныхъ росписокъ, въ виду той подробной нормировки, которой они подвергли запродажный договоръ, являющійся, какъ они полагаютъ, достаточной формой предварительной связи <sup>2)</sup>. Они впрочемъ не отрицаютъ возможности обезпечить запродажу задаткомъ, и если считать отличительной чертой нашей современной задаточной росписки отсутствіе иска о заключеніи договора, то не трудно будетъ найти сходство между ст. 55 и 56 проекта <sup>3)</sup>, съ одной стороны, и ст. 1685 сл. 1 ч. X тома—съ другой. Въ проектѣ, можетъ быть, ярче, чѣмъ въ названныхъ статьяхъ нашего Свода, мелькаетъ мысль о предварительной договорной связи между давшимъ и получившимъ задатокъ, но и здѣсь договоръ иска о заключеніи купчей не порождастъ, и сторона, виновная въ нерадѣніи или просрочкѣ, несетъ лишь одни задаточныя послѣдствія.

Такая постановка практически мало отличается отъ положенія, создаваемого задаточными росписками, и можно надѣяться, что послѣднія не будутъ вытѣснены изъ обихода введеніемъ новаго Уложенія.

Составители проекта имѣли полное основаніе придавать

1) Ср. ст. 1681 и 1686 I ч. X тома, по изд. 1887 г.

2) Объяснительная записка I стр. 518 и 127.

3) Ст. 55. „Если по предварительному договору данъ задатокъ въ обезпеченіе заключенія въ будущемъ продажи, займа или иного договора, то, въ случаѣ незаключенія сего договора по винѣ давшаго задатокъ, таковой терится; въ случаѣ же незаключенія договора по винѣ получившаго задатокъ, таковой возвращается вдвойнѣ“. Ст. 56. „Сторона, которая въ предусмотрѣнныхъ статьями... 55 случаяхъ теряетъ задатокъ или возвращаетъ его вдвойнѣ, не обязана вознаграждать другую сторону за убытки“.



задатку значеніе обоюдной защиты, когда онъ вносится для обезпеченія заключенія, въ будущемъ, окончательнаго договора. Но менѣе понятно, почему они придали задатку всегда и безусловно штрафной характеръ, не различая случаевъ, гдѣ имѣется въ виду будущій договоръ, отъ случаевъ, когда сумма вручается для того, чтобы гарантировать исполненіе уже заключеннаго договора купли, найма и т. п. Составители полагаютъ, что *arra conformatoria*, служащая вышнимъ доказательствомъ обмѣна такихъ волеизъявленій, вмѣстѣ съ тѣмъ безусловно и вездѣ исполняетъ еще штрафную функцію (*arra poenalis*). Статья 49 проекта гласитъ: „Денежная сумма, выданная одною изъ договаривающихся сторонъ въ доказательство заключенія договора и въ обезпеченіе его исполненія, признается задаткомъ“. А ст. 50 постановляетъ, что этотъ задатокъ обезпечиваетъ не только контрагента получившаго, но и того изъ нихъ, который уплатилъ задатокъ <sup>1)</sup>. Въ 1864 г. составители Устава гражданского судопроизводства, нормируя публичные торги и послѣдствія неуплаты покушной суммы, выставили положеніе, сходное съ дѣйствовавшимъ дотолѣ правомъ <sup>2)</sup>, именно потерю задатка. По этому же поводу они въ своихъ мотивахъ сочли возможнымъ замѣтить, что задатокъ въ нашемъ законодательствѣ имѣетъ всегда штрафную функцію <sup>3)</sup>. Хотя въ практикѣ середины XIX вѣка встрѣчаются у насъ попытки <sup>4)</sup> создать по-

1) „Если договоръ не исполненъ по винѣ лица, давашаго задатокъ, то оно теряетъ задатокъ; если же договоръ не исполненъ по винѣ лица, получившаго задатокъ, то оно должно возратить задатокъ вдвойнѣ...“

2) См. 2142 ч. 1 X тома (по изд. 1857 г.).

3) Ср. Мотивы къ ст. 1175 Устава гражданского судопроизводства. . . „неисполненіе всякаго договора влечетъ за собою потерю задатка, и . . задатокъ есть та же неустойка, платимая впередъ“.

4) См. рѣшеніе Государственнаго Совѣта 3 января 1853 г. (Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мѣрій Государственнаго Совѣта по гражданскимъ дѣламъ, II стр. 305)... суды по постановленіямъ въ общихъ законахъ Имперіи объ утратѣ покупщикомъ задатковъ при продажахъ имѣній по распоряженію правительства, можно полагать, что въ намѣреніи законодателя было, хотя сіе ясно и не выражено, распространить то же правило и на продажныя сдѣлки между частными лицами“.

добную презумпцію для задатка, тѣмъ не менѣе утвержденіе нашихъ кодификаторовъ не совсѣмъ точное уже потому, что и въ тогдашнемъ русскомъ правѣ, напр., въ Уставѣ морскомъ, понадался случай, гдѣ слово „задатокъ“ примѣнялось къ платежу известной суммы, обозначающей заключеніе договора и начало исполненія, безъ всякихъ специфическихъ штрафныхъ функцій въ случаѣ нарушенія договора <sup>1)</sup>).

По взглядъ составителей новыхъ Уставовъ очевидно повліялъ на практику новыхъ судовъ, и Сенатъ, по крайней мѣрѣ на первыхъ порахъ <sup>2)</sup>, придавалъ задатку, уплаченному при любой сдѣлкѣ, значеніе обезпеченія, но лишь въ интересахъ получателя; такой взглядъ былъ распространенъ даже на сдѣлки, заключенныя до закона 1854 г. <sup>3)</sup>. Но обязанность двойной выдачи, установленная тогда законодателемъ для задаточныхъ росписокъ, никогда не была распространена на задатокъ, уплаченный при заключеніи другихъ договоровъ.

Однако вскорѣ появился нѣсколько иной взглядъ Сената, который долѣе продержался: кассационный судъ сталъ доказывать, что задатку принадлежитъ eo ipso штрафная функція лишь при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 1685 I ч. X тома, а задатокъ при запродажѣ и при остальныхъ сдѣлкахъ можетъ носить подобный характеръ только въ томъ случаѣ, если стороны явно выразили подобное намѣреніе въ интересахъ одного изъ контрагентовъ или обонхъ. Для созданія общей презумпціи въ только что указанномъ смыслѣ Сенатъ тогда въ нашемъ законодательствѣ достаточнаго основанія не находилъ <sup>4)</sup>.

Получилось вслѣдствіе подобнаго разсужденія ученіе, нѣсколько похожее на выводы французской практики <sup>5)</sup>; и тамъ

<sup>1)</sup> Т. XI Свода ч. 2 Уставъ торговый ст. 265 и 268.

<sup>2)</sup> См. рѣшенія 1867 г. № 72; 1868 г. № 727; 1870 г. № 1598.

<sup>3)</sup> Такъ, напр., рѣшеніе 1869 г. въ Сборникѣ Ратькова-Рожнова, III № 520.

<sup>4)</sup> Рѣшенія 1875 г. № 625; 1876 г. № 169; 1877 г. № 219.

<sup>5)</sup> См. Dalloz, Code civil annoté, примѣчанія къ ст. 1590, и кромѣ того Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts (1895) § 329 пр. 25, § 328 пр. 1.

штрафная сила придается задатку eo ipso лишь при обща-  
нии продажи (или въ крайнемъ случаѣ при продажѣ). Но  
задатокъ, вручаемый во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, тол-  
куется согласно намѣренію сторонъ и можетъ, какъ, напри-  
мѣръ, при наймѣ, играть лишь роль внѣшняго осязательно-  
го признака состоявшагося соглашения. Въ русскомъ дѣйст-  
вующемъ правѣ было легко подыскать примѣненіе термина  
„задатокъ“ къ извѣстнымъ денежнымъ суммамъ, уплачива-  
емымъ въ моментъ заключенія договора, при чемъ цѣль этого  
платежа далеко не всегда одинакова. Рядомъ со ст. 1688  
1 ч. X тома и ст. 1170 Устава гражданскаго судопроизвод-  
ства встрѣчаются случаи, гдѣ при наймѣ рабочихъ извѣст-  
ная часть наемной платы, выдаваемой впередъ, называется  
задаткомъ, безъ всякаго намѣренія установить здѣсь каки-  
либо карательныя мѣры <sup>1)</sup>. Такой же смыслъ проглядываетъ  
въ ст. 1513 1 ч. X тома, гдѣ упоминается о задаткѣ, какъ  
о суррогатѣ исполненія со стороны покупателя. Законъ здѣсь  
въ извѣстномъ смыслѣ одинаково относится къ уплатѣ пол-  
ной покупной суммы и къ выдачѣ части оной <sup>2)</sup>. Невольно  
припоминается по поводу этой статьи старинная точка зрѣ-  
нія германскаго права <sup>3)</sup>, уцѣлѣвшая отчасти въ нашемъ  
остзейскомъ Сводѣ, въ силу которой двусторонній дого-  
воръ считается расторгимымъ не съ момента обмѣна  
волеизъявленій, а послѣ того, какъ одинъ изъ контрагентовъ  
приступилъ къ исполненію; при чемъ врученіе задатка при-  
равнивается къ уплатѣ покупной суммы и означаетъ вѣдѣ-  
ствіе этого завершеніе договорной связи <sup>4)</sup>. Однако осто-  
рожность и осмотрительность Сената на этотъ счетъ вызвали

1) Уставъ путей сообщенія ст. 338 т. XII ч. 1 Свода Законовъ.

2) См. П о б ѣ д о н о с ц е в ѣ, Курсъ гражданскаго права (1890) III, стр. 291.

3) Ср. S t o b b e. Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, стр. 245.

4) Сводъ узаконеній гражданскихъ губерній Прибалтійскихъ ст. 3891. „По  
эстляндскимъ городскимъ правамъ при продажѣ недвижимостей, если не было  
дано задатка, продавецъ можетъ, но лишь до тѣхъ поръ, пока купленная не-  
движимость еще не передана или еще не уплачено покупной суммы, отступить  
отъ договора.....“

въ нашей литературѣ довольно рѣзкое осужденіе. Статья г. Исаченко <sup>1)</sup> охарактеризовала только что изложенное ученіе Сената, какъ полное уничтоженіе всякой юридической силы задатка у насъ, уже по тому что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ приходится, при подобномъ взглядѣ, доказывать настоящее намѣреніе сторонъ, тогда какъ, по мнѣнію названнаго автора, въ сознаниі русскаго общества <sup>2)</sup> задатокъ имѣетъ *всегда* значеніе обезпеченія.

Очень возможно, что эта статья имѣла прямое вліяніе на дальнѣйшую практику Сената, какъ въ свое время вышеупомянутая статья г. Барковскаго. Во всякомъ случаѣ Сенатъ въ 1888 г. (№ 33) круто переимѣнилъ свою точку зрѣнія и установилъ по поводу задатка, врученнаго при продажѣ движимаго имущества, предположеніе о его штрафномъ значеніи. Разсужденіе верховнаго суда сводится къ ссылкѣ на общій духъ нашихъ узаконеній о задаткѣ и кромѣ того на толкованіе ст. 1530 1 ч. X тома, изъ которой выводится аргументъ въ пользу потери задатка неисправнымъ контрагентомъ. По поводу этого послѣдняго положенія любопытно напомнить, что Сенатъ, въ прежнее время <sup>3)</sup>, изъ той же статьи 1530 выводилъ обратный результатъ и предполагалъ, что, если стороны желаютъ *обезпечить* договоръ задаткомъ, онѣ въ силу текста названной статьи <sup>4)</sup> должны оговорить свое намѣреніе. Теперь же Сенатъ, наоборотъ, полагаетъ, что одно упоминаніе о задаткѣ въ договорѣ, безъ дальнѣйшихъ объясненій, означаетъ всегда желаніе обезпечиться.

Однако интересно констатировать, что въ глазахъ Сената задатокъ играетъ безмолвно такую роль лишь въ интересахъ лица, получившаго уже названную сумму; послѣд-

<sup>1)</sup> Юридическій Вѣстникъ 1881 № 9 стр. 155 сл.

<sup>2)</sup> Въ этомъ смыслѣ высказался Сенатъ въ 1867 г. № 72.

<sup>3)</sup> 1875 г. № 625.

<sup>4)</sup> „Договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включить въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя, какъ то: условія о срокѣ, о платежѣ, о неустойкѣ, о обезпеченіи и тому подобныя“.

ния, при нарушении договора со стороны другого контрагента, остается всегда въ рукахъ держателя, который кромѣ того не лишенъ, конечно, права искать добавочнаго вознагражденія на общемъ основаніи. Но Сенатъ не признаетъ возможнымъ предполагать, что контрагенты при вступленіи въ договоръ всегда, хотя и безмолвно, желаютъ, чтобы задатокъ служилъ обезпеченіемъ также и для лица, уплатившаго эту сумму, въ смыслѣ права на двойную выдачу. Сенатъ, находя, что за исключеніемъ случая составленія задаточной росписки, такое намѣреніе должно быть въ остальныхъ случаяхъ отдѣльно выражено, приводитъ положеніе, описанное ст. 1518, I ч. X тома, гдѣ, не смотря на нарушение договора получателемъ задатка, послѣдній возвращается въ простомъ размѣрѣ, независимо, конечно, отъ иска объ убыткѣ.

Дошедши до такой точки зрѣнія, Кассационный Департаментъ не могъ не встрѣтиться съ назначеніемъ, которое имѣютъ въ оборотѣ частичные платежи, производимые при заключеніи договора и не подводимые подъ понятіе объ обезпеченіи. Въ 1892 году <sup>1)</sup> ему пришлось изложить свой взглядъ на этотъ счетъ и назвать такіе платежи *авансомъ*, тогда какъ слово задатокъ должно быть, по мнѣнію Сената, примѣнено къ денежной суммѣ, уплачиваемой для обезпеченія. Авансъ не удерживается въ случаѣ отмены договора, развѣ сторона, получившая оный, была бы въ состояніи доказать, что понесенный ею убытокъ какъ разъ равняется этой суммѣ. Наоборотъ, при задаткѣ, если виновной въ нарушении договора является сторона, уплатившая его, то она безусловно лишается данной суммы, даже когда послѣдняя превышаетъ дѣйствительный ущербъ. Видно отсюда, что авансъ не есть задатокъ, но что задатокъ обыкновенно играетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и роль аванса, такъ какъ въ послѣдствіи при исполненіи договора онъ засчитывается въ платежъ <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> № 12.

<sup>2)</sup> Въ такомъ смыслѣ Прусское земское право I. 5 § 206.

Но Сенать не рѣшилъ вопроса: какъ быть, когда въ договорѣ авансъ названъ задаткомъ. Такое явленіе встрѣчается весьма часто въ жизни, и для него легко найти оправданіе въ самомъ законѣ, который, напр., при подрядахъ съ казной называетъ задаткомъ пособіе, выдаваемое подрядчику непосредственно послѣ заключенія договора <sup>1)</sup>). Очевидно не въ самомъ различіи терминовъ <sup>2)</sup> и не въ буквальномъ смыслѣ слова придется искать отвѣта, такъ какъ съ этой точки зрѣнія авансъ и задатокъ означаютъ одно и то же. Цѣлесообразнѣе будетъ стремленіе къ восстановленію настроенія и намѣренія контрагентовъ, послѣ чего окажется иногда возможнымъ, съ привлеченіемъ указаній, даваемыхъ мѣстными обычаями, выяснить, какую цѣль имѣли въ виду контрагенты при уплатѣ задатка; но тогда уничтожится общая презумпція, созданная въ рѣшеніи 1888 г. Сенать впрочемъ безъ дальнѣйшихъ разъясненій въ томъ же 1892 году <sup>3)</sup> примѣнилъ, созданное имъ же, предположеніе въ пользу штрафнаго характера задатка къ договору найма, такъ что въ настоящее время рѣшеніе 1888 г. за № 33 получило общій характеръ и должно, по мнѣнію Сената, распространить свой смыслъ на все договоры (кромѣ случаевъ, предвидѣнныхъ въ ст. 1686 сл.), съ тѣмъ однако, чтобы штрафная сила касалась только контрагента, уплатившаго задатокъ, а другая сторона, получившая задатокъ, отвѣчала въ двойномъ размѣрѣ лишь въ случаѣ особой оговорки.

Составители Проекта, какъ было уже указано въ ст. 49 и 50, присоединились къ новѣйшей сенатской практикѣ, связывая всегда съ задаткомъ понятіе о доказательствѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ объ обезпеченіи договора. Въ подкрѣпленіе такой двойственной роли они, однако, приводятъ ст. 1515

<sup>1)</sup> Положеніе о подрядахъ, ст. 28, 29.

<sup>2)</sup> Слово „авансъ“, хотя французскаго происхожденія, во Франціи рѣдко употребляется: французская дѣловая жизнь примѣняетъ терминъ à compte.

<sup>3)</sup> № 40.

нашего Свода, которая не касается штрафной функции задатка, и ст. 1715 французского кодекса, гдѣ задатокъ— *arrha conventionalis*, а не *roenalis* <sup>1)</sup>). Но эти ссылки въ объяснительной запискѣ не должны быть, очевидно, разсматриваемы, какъ аргументы въ пользу той или другой точки зрѣнія, а скорѣе какъ резюме тѣхъ изысканій по сравнительному законовѣдѣнію, которыя предшествовали редакціонной работѣ. Объяснительная <sup>2)</sup> записка не можетъ, конечно, отрицать, что въ текстѣ договора будетъ неоднократно вноситься упоминаніе объ известной суммѣ въ смыслѣ „аванса“. А опасность лежитъ въ томъ, что это послѣднее слово еще не настолько укоренилось въ нашей дѣловой жизни, чтобы рассчитывать на употребленіе названнаго термина во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мысль объ обезпеченіи чужда сторонамъ. Очень вѣроятно, что въ договорахъ встрѣтится неоднократно слово „задатокъ“ въ смыслѣ „аванса“ <sup>3)</sup>. И если такой договоръ будетъ впоследствии нарушенъ однимъ изъ контрагентовъ, очень вѣроятно, что другой постарается доказать, что внесенъ въ договоръ задатокъ въ смыслѣ *arrha roenalis*; и нужно признать, что текстъ ст. 49 какъ будто способствуетъ такому намѣренному извращенному толкованію.

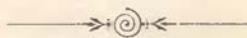
Но Проектъ не ограничивается выставленіемъ подобной презумпціи, въ пользу которой трудно будетъ подыскать у насъ общепризнанный и повсемѣстный обычай; онъ идетъ гораздо дальше, распространяя ее на обѣ стороны. Потерьъ задатка въ случаѣ вины плательщика соответствуетъ всегда, какъ общее правило, обязанность выдавать двойную сумму, когда неисполненіе вызвано образомъ дѣйствія получателя. Въ настоящее время на основаніи позднѣйшей сенатской практики мы дошли до безусловнаго оставленія задатка въ

<sup>1)</sup> Ср. *Margadé*, *Explication du code civil* (7-е изданіе). Томъ VI стр. 454.

<sup>2)</sup> Стр. 123.

<sup>3)</sup> Прусское земское право знало два отдѣльные термина: „*Draufgabe*“ и „*Angeld*“, §1. 5 ст. 205—207.

рукахъ получившаго оный, какъ наказанія виновнаго; по введеніи же новаго Уложенія навязываться будетъ предположеніе, что получившій задатокъ тѣмъ самымъ обязался къ двойной выдачѣ на случай вины съ его стороны. Романисты, можетъ быть, отмѣтятъ здѣсь запоздалую, и во всякомъ случаѣ расширительную, реценцію L. 17 Cod. 3, 14; но въ нашу жизнь такое постановленіе способно внести недоумѣніе и, пожалуй, смущеніе. Врядъ-ли можно будетъ привести у насъ договорную практику или общепринятыя взгляды, чтобы оправдать подобное рѣшеніе. Трудно будетъ доказать, что по нашимъ правовымъ воззрѣніямъ лицо, получившее задатокъ, всегда сознаетъ, что оно беретъ на себя обязанность возвратить двойное количество. Въ нашемъ быту, за исключеніемъ случая составленія задаточной росписки, гдѣ ясность закона не оставляетъ мѣста для сомнѣній, только контрагентъ, получившій задатокъ при вступленіи въ какую-либо сдѣлку, преслѣдуетъ свой собственный интересъ и стремится обыкновенно къ полученію гарантіи, но нельзя предпологать, какъ общее правило, что безъ всякой оговорки при продажѣ движимости, при подрядѣ или наймѣ, каждая сторона пожелаетъ непременно наложить на себя одинаковый штрафъ. Что побудило составителей сдѣлать этотъ шагъ и возвести отдѣльный случай, предвидѣнный ст. 1688, въ общее безусловное правило <sup>1)</sup>? Они лишь мимоходомъ указываютъ на справедливость такой гарантіи, и другихъ объясненій не даютъ <sup>2)</sup>. Остается только выразить надежду, что они подробнѣе объяснятъ свои доводы въ слѣдующемъ изданіи пятой книги Уложенія, на которое мы теперь, послѣ выхода въ свѣтъ новой редакціи цѣлаго ряда статей проекта вотчиннаго Устава, имѣемъ право рассчитывать.



<sup>1)</sup> Ихъ примѣру къ сожалѣнію послѣдовали составители выше приведеннаго сельскаго Устава о договорахъ (ст. 186).

<sup>2)</sup> Объяснительная записка I стр. 125.