***Введение***

Обеспечение обязательств – традиционный институт гражданского права. Такие способы обеспечения исполнения обязательств, как задаток, неустойка, поручительство и залог, были известны еще римскому праву. Необходимость их исполнения объясняется тем, что кредитор имеет существенный интерес в том, чтобы быть уверенным в исполнении обязательств и в том, чтобы обеспечить себе установление убытков, на возмещение которых он имеет право, в случае неисполнения обязательства, наконец, кредитор заинтересован в том, чтобы побудить должника к своевременному исполнению под страхом невыгодных для должника последствий в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

В соответствии с современным российским законодательством для стимулирования должника к точному и неуклонному исполнению обязательства, а также в целях предотвращения или уменьшения размера негативных последствий, обязательство может быть обеспечено одним из способов, предусмотренных ст. 329 ГК, иными законами или соглашением сторон.

Неустойка и задаток, на наш взгляд, несколько выделяются из всех способов обеспечения исполнения обязательств, стоят как бы отдельно. Недаром, еще Анненков К. А. отмечал, что «только задаток и неустойка являются средствами укрепления, то есть – обеспечения исполнения, да и то не обязательств вообще, а только договоров»[[1]](#footnote-1)1. Тем не менее, они существенно различаются между собой по ряду признаков. В данной работе мы попытались разобраться с сущностью неустойки и задатка, рассмотреть особенности их применения в гражданско-правовых отношениях и обозначить основные проблемы, имеющиеся в цивилистике по поводу этих двух способов обеспечения исполнения обязательств.

1. **Неустойка как способ обеспечения исполнения обязательств.**
2. ***Понятие, основные характеристики и правовая природа неустойки.***

В доктрине существуют следующие мнения о том, что следует понимать под неустойкой как способом обеспечения исполнения обязательств. Пестржецкий, Буковский, Боровиковский и Мандро называют неустойкой «штраф или пеню в размере известной денежной суммы, которую одна сторона обязана уплатить другой в случае неисправности в исполнении обязательства»[[2]](#footnote-2)1. Этой же точки зрения придерживается Г. Ф. Шершеневич, считая неустойкой «присоединенное к главному обязательству дополнительное условие о платеже должником известной суммы на случай неисправности в исполнении» [[3]](#footnote-3)2. Иную позицию занимает Мейер – по его мнению, неустойка может представлять собой не только денежное обязательство, но и передачу определенного имущества или же совершение в пользу кредитора какого-либо действия[[4]](#footnote-4)3. Этот спор разрешает п. 1 ст. 330 ГК РФ, в которой говорится, что неустойкой признается определенная законом или договором ***денежная сумма***, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности, в случае просрочки исполнения.

Институт неустойки существовал еще в древнем Риме. Соглашение о ней заключалось в форме стипуляции, откуда неустойка и получила свое название – stipulatio poenae. Сегодня неустойка находит свое широчайшее применение в обеспечении исполнения самых разных гражданско-правовых договоров. Привлекательность неустойки, ее широкое применение в целях обеспечения договорных обязательств объясняется, прежде всего, тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсации потерь кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. Иоффе О. С. выделяет следующие характерные черты неустойки:

* предопределенность размера ответственности за нарушение обязательства, о котором стороны знают уже на момент заключения договора;
* возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, когда отсутствует необходимость представления доказательств, подтверждающих причинение убытков и их размер;
* возможность для сторон по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке (за исключением законной неустойки)[[5]](#footnote-5)1.

Важно отметить, что неустойка обеспечивает только *договорное обязательственное правоотношение*. Все остальные обязательства (деликтные, внедоговорные в виде односторонней сделки) объектами обеспечения неустойки в силу специфики последней и характера указанных обязательств таковыми не являются.

Соглашение о неустойке должно быть совершено *в письменной форме* независимо от формы основного обязательства – это положение, закрепленное в ст. 331 ГК РФ, является условием действительности неустоечного соглашения. Это правило распространяется на все случаи обеспечения неустойкой исполнения какого-либо обязательства. Из этого следует, что в том случае, если основное обязательство должно быть нотариально удостоверено или подлежит государственной регистрации, данное требование не распространяется на форму соглашения о неустойке.

Среди цивилистов ведется давний спор *о правовой природе неустоечного соглашения* – о том, является ли неустойка акцессорным, дополняющим основное требование, обязательством или же это часть основного обязательства или же просто отдельное, самостоятельное соглашение.

Большинство цивилистов склоняются к тому, что неустойка, как и все остальные (кроме банковской гарантии) способы обеспечения исполнения обязательств, является акцессорным (дополнительным) обязательством, что прямо вытекает из ее природы – служить неким побудителем, некой гарантией надлежащего исполнения главного обязательства[[6]](#footnote-6)1.

Сторонники теории «неустоечного сепаратизма» полагают, что неустойка – это совершенно самостоятельное обязательство, что, хотя неустоечное соглашение заключается во исполнение какого-то другого обязательства, оно вовсе не является акцессорным по отношению к нему[[7]](#footnote-7)2. Цивилисты, придерживающиеся такой позиции в отношении неустойки, основывают свои суждения главным образом на том, что соглашение о неустойке должно быть заключено в письменной форме независимо от формы основного обязательства, а несоблюдение такой формы влечет недействительность соглашения о неустойке (статья 331 ГК РФ), что недействительность соглашения о неустойке не влечет недействительности основного обязательства (п.2 ст. 329 ГК РФ) и, наконец, что по требованию об уплате неустойки кредитор не должен доказывать причинение ему убытков неисполнением или ненадлежащим исполнением основного обязательства (п.2 ст. 330 ГК РФ).

В доктрине имеется и совершенно иной взгляд на неустойку – есть цивилисты, которые считают, что неустойка не является ни самостоятельным, ни дополнительным обязательством, что неустойка – есть часть-санкция самого основного обязательства, то есть ее вообще нельзя рассматривать как нечто отдельное (даже акцессорное)[[8]](#footnote-8)1.

С этой точкой зрения трудно согласиться – неустоечное соглашение заключается **отдельно** от основного обязательства во всех отношениях: к его форме предъявляются определенные требования, не зависящие от формы основного обязательства, оно исполняется в случае нарушения независимо от дальнейшего исполнения основного обязательства, и, наконец, оно не является обязательным условием заключения договора (за исключением случаев, когда имеет место законная неустойка).

Соглашение о неустойке нельзя считать и самостоятельным обязательством. В данном случае имеется главное (основное) обязательство, а для его обеспечения устанавливается неустоечное соглашение, являющееся к нему придаточным, или дополнительным. Таким образом, обязательство уплатить неустойку находится в зависимости от главного обязательства и это обстоятельство как раз и ведет к тому, что:

* если нет главного обязательства или оно признано недействительным, то этот факт влечет за собой недействительность соглашения о неустойке,
* если главное обязательство прекращается, то прекращается и обязательство уплатить неустойку, так как его цель – добиться исполнения основного обязательства,
* если кто-либо принимает на себя ответственность по основному обязательству, то к нему автоматически переходит и обязательство исполнять условия неустоечного соглашения,
* если в ходе исполнения договора имела место уступка права требования по основному обязательству, то вместе с ней к новому кредитору переходит и право требовать исполнения условий неустоечного соглашения.

Таким образом, говоря о правовой природе соглашения о неустойке, необходимо иметь в виду, что неустойка является институтом, призванным обеспечить должное исполнение основного обязательства, но в то же время – если было заключено соглашение о неустойке во исполнение какого-то договора, оно становится неотъемлемой частью этого договора и все вопросы, касающиеся соглашения о неустойке, нужно рассматривать в неразрывной связи с основным обязательством.

***2. Функции неустойки***

Основная функция неустойки – ***обеспечительная*** – заключается в том, что она является дополнительной санкцией за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, помимо общей санкции возмещения убытков (ст. 393 ГК). Дополнительное обеспечительное значение неустойки по сравнению с общей санкцией возмещения убытков проявляется в следующем. Во-первых, согласно п.4 ст. 393 ГК РФ, убытки могут быть взысканы только тогда, когда они действительно имели место, причем для взыскания такого вида убытков, как упущенная выгода, необходимо учитывать предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления; неустойка же может быть взыскана вне зависимости от всего этого – для ее истребования с должника кредитору необходимо только указать нарушение (п.1 ст. 330 ГК РФ). Во-вторых, размер убытков точно определим лишь после факта неисполнения обязательства, размер же неустойки заранее определен, что делает ее взыскание неизбежным, повышая тем самым реальность неблагоприятных имущественных последствий для должника, - кредитор в любое время может взыскать неустойку, не дожидаясь ни возникновения убытков, ни точного определения их размера. Таким образом, обеспечительный характер неустойки проявляется в том, что наличие неустоечного соглашения оказывает стимулирующее воздействие на должника, побуждая его к надлежащему и своевременному исполнению основного обязательства, и является надежной гарантией для кредитора получить имущественную компенсацию за неисполнение или ненадлежащее исполнение этого обязательства независимо от наличия убытков.

В доктрине выделяются также ***штрафная*** и ***компенсационная*** функции неустойки, которые, по нашему мнению, скорее представляют собой два своеобразных проявления обеспечительной функции, нежели самостоятельными функциями неустойки. По мнению Гонгало Б. М. и Райхера В. К.[[9]](#footnote-9)1, всякая неустойка имеет штрафной характер, так как ее взыскание производится независимо от взыскания убытков. Наиболее ярко выраженный штрафной характер имеет кумулятивная (штрафная, совокупная) неустойка, которая подлежит выплате сверх полного возмещения убытков. Другие же виды неустойки – зачетная, исключительная и альтернативная – больше имеют компенсационный характер, так как их выплата в той или иной мере пересекается с возмещением убытков. По справедливому замечанию Малеина Н. С., «штрафной характер неустойки в полной мере проявляется лишь когда правонарушение не повлекло за собой никакого имущественного ущерба, когда же такой ущерб был, налицо компенсационная природа неустойки»[[10]](#footnote-10)2.

Цивилистами выделяются и другие функции неустойки. Так, Новицкий И. Б. и Лунц Л. А. придают большое значение тому, что неустойка ***облегчает кредитору доказывание убытков***, выделяя это положение в отдельную функцию[[11]](#footnote-11)3. Лейст О. Э. говорит о ***сигнализационной функции*** неустойки, обращенной внутрь предприятия, на котором происходят систематические нарушения обязательств, влекущие за собой частую уплату неустоек[[12]](#footnote-12)4.

***3. Классификация неустоек***

В доктрине выделяют несколько классификаций неустоек по разным признакам.

Так, по источнику возникновения неустойки можно классифицировать на *договорные*, *законные* и так называемые *смешанные*.

*Договорная* неустойка может быть предусмотрена сторонами при заключении фактически любого гражданского договора. Следует отметить, что закон предусматривает достаточно строгие требования к неустоечному соглашению: оно должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства, причем форма является условием действительности этого соглашения (ст. 331 ГК РФ); в соглашении о неустойке обязательно должен быть предусмотрен предмет этого соглашения и сделана ссылка на основное обязательство.

Непременным условием признания неустойки *законной* служит включение ее в состав императивной нормы. Прежде чем приступить к рассмотрению законной неустойки в современном гражданском праве, хотелось бы несколько осветить историю развития этого института.

В дореволюционном законодательстве неустойка определялась законом только в двух случаях:

* за неисправность в платеже по заемным обязательствам между частными лицами – не заплативший по заемному обязательству в срок подвергался взысканию неустойки по три процента с незаплаченного капитала;
* за неисправность в исполнении по обязательствам с казной – с неисправного казенного поставщика или подрядчика взыскивалась неустойка в размере 0,5 % в месяц с суммы стоимости просроченных поставкой товаров, припасов или работ.

В советский период развития гражданского законодательства наблюдается тенденция увеличения случаев применения законной неустойки, неустойка являлась основным средством обеспечения договорной дисциплины (так называемый контроль рублем), и многими нормативными актами того времени предусматривается обязательное включение в договоры положения о неустойке[[13]](#footnote-13)1. Эта тенденция достигает своей кульминационной точки в 70-80-е гг. – законодательством того периода предусматривалось свыше трех тысяч санкций за нарушения в сфере хозяйственной деятельности, большая часть которых имела форму неустойки[[14]](#footnote-14)2.

Согласно ст. 332 действующего Гражданского Кодекса, законной называется неустойка, *определенная законом*. В доктрине возникли два противоположных мнения по поводу того, что в данном случае следует понимать под законом. Так, Брагинский М. И. И Витрянский В. В. считают, что в рамках этой статьи закон следует трактовать в узком смысле – то есть, по их мнению, законная неустойка может предусматриваться исключительно федеральными законами[[15]](#footnote-15)3. Павлодский Е. А., напротив, говорит, что режим законной неустойки распространяется на случаи включения условия о неустойке не только в закон, но и в иные правовые и в целом – нормативные акты, обязательные для сторон в соответствии со ст. 3 ГК РФ[[16]](#footnote-16)4. Как бы то ни было, положения о законной неустойке содержатся в настоящее время отнюдь не в одних только федеральных законах, но это не является противоречием действующему Гражданскому Кодексу, так как соответствует ст. 4 Федерального Закона «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 30 ноября 1994 года[[17]](#footnote-17)1.

Режим законной неустойки может быть распространен на случаи включения условия о неустойке не только в закон, но и в иные правовые акты, обязательные для участников гражданского оборота в соответствии со ст. 3 ГК РФ. Статья 332 ГК РФ позволяет сделать вывод, что условие договора об освобождении стороны (сторон) от неустойки, указанной в законе или ином правовом акте, а равно об уменьшении такой неустойки является ничтожным. Что касается увеличения размера законной неустойки, то на этот счет п. 2 ст. 332 ГК РФ содержит положение, согласно которому размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает. В качестве примера случая, при котором недопустимо соглашение сторон об увеличении размера неустойки, можно сослаться на Устав Железных Дорог РФ. В нем предусмотрены различные виды неустойки, которые подлежат взысканию с перевозчика, грузоотправителя или грузополучателя, а затем в статье 167 Устава содержится указание на то, что «железные дороги, грузоотправители, грузополучатели и пассажиры в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств, вытекающих из настоящего Устава, несут материальную ответственность лишь в пределах, предусмотренных соответствующими статьями Устава»[[18]](#footnote-18)2.

В теории законную неустойку делят на строго императивную и нестрого императивную. В качестве наиболее строгого примера строго императивной неустойки можно привести законную неустойку в виде штрафа в размере 50 % от стоимости недопоставленной продукции, предусмотренную ФЗ «О поставках продукции для государственных нужд»[[19]](#footnote-19)1. Примером второй может послужить абзац 1 п. 8 Постановления Верховного Совета РФ и Правительства РФ от 25. 05. 1992г. № 2837-1 «О некоторых мерах по улучшению расчетов в народном хозяйстве и повышению ответственности предприятий за их финансовое состояние» (утратило силу с 01. 03. 1996г.), в котором говорится об установлении неустойки за просрочку в виде пени в размере 0, 5 % в день, когда в договоре поставки или купли-продажи для предпринимательской деятельности не содержался иной конкретный размер ответственности за такое нарушение.

Законную неустойку, увеличенную соглашением сторон, не нарушая при этом положения п. 2 ст. 332 ГК РФ, в литературе называют *смешанной*.

Правом уменьшения размера неустойки наделен только суд, независимо от того, законная это или же договорная неустойка (ст. 333 ГК РФ). Среди цивилистов ведется спорная дискуссия о том, стоит ли обязать суд уменьшать размер неустойки, явно не соответствующей совершенному правонарушению. Формулировка ст. 333 ГК РФ говорит лишь о праве суда на подобное уменьшение. Сложно дать однозначный ответ на этот вопрос – на наш взгляд, разумнее всего было бы согласиться с мнением Брагинского М. И. и Витрянского В. В., предлагающих считать неоправданно высокий размер неустойки злоупотреблением правом, а, следовательно, законным основанием к отклонению исковых требований в соответствующей части[[20]](#footnote-20)2.

Райхер В. К. среди видов неустоек этой классификации называет еще нормативно-договорную неустойку, представляющую собой «сложный состав из предписаний закона и осуществляющего эти предписания договора»[[21]](#footnote-21)3, однако, по справедливому замечанию Константиновой В. С., допущение существования такого вида неустойки позволит каждую законную неустойку считать одновременно и нормативно-договорной, что только посеет неразбериху в этой и без того сложной классификации[[22]](#footnote-22)1.

Следующая классификация представляет собой деление неустоек в зависимости от методов их исчисления. В рамках этой классификации цивилисты выделяют *собственно неустойку*, *штраф* и *пеню*. В доктрине не производится никакого четкого вразумительного различия между собственно неустойкой и штрафом, что позволяет нам последовать за большинством цивилистов и согласиться с тем, что эти два понятия обозначают одно и то же явление. Хотя справедливо будет обозначить в данной работе точку зрения Гонгало Б. М., который считает, что штраф – есть неустойка за действие/бездействие, представляющееся наиболее серьезным правонарушением, в то время, как собственно неустойка отличается меньшим размером и соответственно меньшей значимостью правонарушения[[23]](#footnote-23)2. Совершенно иная ситуация складывается с разделением понятий штрафа и пени. Штраф представляет собой однократно взыскиваемую сумму, которая выражается либо в твердой сумме, либо в виде процентов пропорционально заранее определенной величине. Пеня же представляет собой неустойку, начисляемую непрерывно, нарастающим итогом. Неустойка в виде штрафа применяется в не длящихся правонарушениях, прежде всего за ненадлежащее качество исполнения, в то время как пеня применяется в длящихся правонарушениях, чаще всего за просрочку в исполнении.

В зависимости от того, как неустойка соотносится с убытками, выделяют *зачетную*, *штрафную*, *исключительную* и *альтернативную* неустойки. Эта классификация предусматривается статьей 394 ГК РФ. *Штрафная (кумулятивная, совокупная)* неустойка предполагает полное возмещение убытков сверх неустойки и является самой жесткой из всех неустоек этой классификации[[24]](#footnote-24)1. *Альтернативная* неустойка предоставляет кредитору на выбор требовать либо возмещения убытков, либо уплаты неустойки. *Исключительная* неустойка подразумевает взыскание только неустойки, но не убытков. И, наконец, при *зачетной* неустойке убытки возмещаются лишь в части, не покрытой неустойкой. П. 1 ст. 394 ГК РФ содержит презумпцию зачетной неустойки – то есть, если в соглашении о неустойке не содержится прямого указания на то, какая именно неустойка им устанавливается, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой.

В зависимости от порядка исчисления можно выделить неустойку, *исчисляемую в процентах*, *исчисляемую в кратном отношении к определенной сумме*, и неустойку, *исчисляемую в твердой с*умме.

В зависимости от порядка взыскания неустойки, можно выделить неустойку, *взыскиваемую в добровольном порядке*, и *в суде*.

Вот, пожалуй, и все основные классификации неустоек, существующие на данный момент в законе и в доктрине.

1. **Задаток как способ обеспечения исполнения обязательств**

***1. Понятие задатка***

Задаток по своему этимологическому значению есть «заранее данное», «данное вперед»[[25]](#footnote-25)1. Его обеспечительная функция состоит в том, что уже при заключении договора, когда еще не назрела обязательность каких-либо платежей, вперед уплачивается в счет причитающихся по договору платежей и в их обеспечение некоторая денежная сумма. Если договор окажется неисполненным, положение сторон принципиально уравнивается: если за неисполнение договора ответственна сторона, давшая задаток, она его теряет; если – сторона, получившая задаток, она обязана возвратить его в двойном размере. Но некоторые цивилисты справедливо отмечают, что в отношении реальности получения положение сторон очень различается: когда подвергается этому воздействию сторона, давшая задаток, положение другой стороны в этой части вполне гарантированно, ибо сумма, которую теряет ответственная сторона, уже находится у той стороны, в пользу которой утрачивается задаток; напротив, если ответственна за неисполнение обязательства сторона, получившая задаток, то ее обязанность вернуть полученную сумму и приплатить от себя еще такую же ничем не обеспечена, так что неизвестно, получит ли фактически другая сторона эти суммы или нет[[26]](#footnote-26)2.

Задаток как институт обеспечения исполнения обязательств пришел к нам вместе с неустойкой из Древнего Рима. Римское право знало два вида задатка (arra): arra poenalis – доказательство заключения договора, несущее одновременно и штрафную функцию в случае неисполнения этого договора, и arra poenitentialis – отступное.

В российском гражданском законодательстве до 1917 года отсутствовали какие-либо общие положения о задатке, этот способ обеспечения исполнения обязательств упоминался только в отдельных нормах (например, в положениях о казенных подрядах и поставках), но находил очень широкое применение в имущественном обороте. В Гражданском Кодексе 1964 года задатку целиком посвящалась одна статья – ст. 209, однако в п. 2 ст. 186 содержалось указание на то, что задатком могут обеспечиваться только отношения между гражданами, но не между организациями[[27]](#footnote-27)1. В настоящее время в гражданском законодательстве наблюдается значительное расширение сферы договорных обязательств, исполнение которых может обеспечиваться задатком, - теперь задатком могут обеспечиваться обязательства, возникающие как с участием граждан, так и юридических лиц.

Задатком могут обеспечиваться только договорные денежные обязательства. Размер суммы вносимого задатка определяется сторонами соглашения, но во всех случаях она должна составлять лишь часть суммы платежей, причитающихся по договору со стороны, выдавшей задаток. Сегодня ГК РФ признает за задатком только денежную сумму (ст. 380 ГК РФ). Однако законодательной практике известно и несколько иное определение задатка – так, в соответствии со ст. 143 ГК РСФСР 1992г.[[28]](#footnote-28)2, в качестве задатка могла выступать не только денежная сумма, но и имущественная ценность, выдаваемая в счет причитающихся платежей одним контрагентом другому для удостоверения договора и обеспечения его исполнения.

Соглашение о задатке требует письменной формы, которая, однако, не является условием действительности соглашения о задатке (в отличие от неустойки), а лишь влечет за собой последствия, предусмотренные ст. 162 ГК РФ, - то есть устное соглашение о задатке лишает сторон права в подтверждение заключения договора ссылаться на свидетельские показания. Необходимость письменной формы не зависит ни от суммы задатка, ни от того, в какую форму облечено главное обязательство. Однако задатком не может обеспечиваться исполнение обязательств, вытекающих из договоров, считающихся заключенными с момента их государственной регистрации (п. 3 ст. 433 ГК РФ). В любом случае передача одной из сторон в счет причитающихся платежей по такому договору денежной суммы не может рассматриваться в качестве задатка, а является авансом, так как в подобных случаях единственным фактом заключения договора может быть только факт государственной регистрации, а не передача какой-либо суммы. Вместе с тем задатком может обеспечиваться исполнение обязательств, вытекающих из договоров, которые сами по себе не требуют государственной регистрации, но в результате совершения которых государственной регистрации подлежит переход права.

***2. Функции задатка***

По мнению большинства цивилистов, задаток выполняет три основных функции:

* служит доказательством заключения договора;
* выполняет платежную функцию (сумма задатка засчитывается в счет причитающихся платежей);
* является способом обеспечения исполнения обязательств[[29]](#footnote-29)1.

Как видно из п. 1 ст. 380 ГК РФ, задаток отличается от других способов обеспечения обязательств двумя дополнительными функциями: удостоверяющей, поскольку служит доказательством заключения договора, и платежной, так как сумма задатка в случае исполнения основного обязательства засчитывается в счет платежей, причитающихся по нему со стороны, внесшей задаток.

Итак, задаток выдается в доказательство заключения договора, в чем собственно и состоит его *доказательственная* функция. Из данного положения следует, во-первых, что в случае соблюдения сторонами условий закона, при которых договор считается заключенным (ст. ст. 432, 433 ГК РФ), выдача и получение задатка являются безусловными доказательствами наличия состоявшегося договора. Во-вторых, что касается последствий невыдачи и неполучения задатка при наличии соглашения о нем, то здесь следует рассматривать две ситуации. Если стороны в своем договоре предусмотрели выдачу задатка как способа обеспечения исполнения этого договора, но не связали момент заключения договора с моментом предоставления задатка, то невыдача задатка не может рассматриваться в качестве основания для признания договора незаключенным. Если же стороны согласовали в качестве существенного условия договора обязательное предоставление задатка и связали момент заключения договора с моментом выдачи задатка, то в случае, если обусловленный задаток не предоставлен, этот договор не будет считаться заключенным.

В доктрине имеется несколько иной взгляд на содержание доказательственной функции задатка. Так, некоторые цивилисты считают, что если обусловленный сторонами задаток не выдан, договор, по которому он должен был быть выдан, не считается заключенным, даже при соблюдении всех других условий, необходимых для его заключения, и при отсутствии всяких указаний на то, что договор вступает в силу с момента выдачи задатка[[30]](#footnote-30)1. Надо сказать, что подобная точка зрения очень долгое время действительно имела право на существование – до 1964 года задаток понимался как часть самого обеспечиваемого обязательства и представлял собой «часть денежной суммы, следуемой от одного лица другому за исполнение условленного действия, выдаваемую при самом заключении договора»[[31]](#footnote-31)2. В то время был вполне оправдан тезис: нет задатка – нет договора. Однако с 1964 года законодатель бесспорно оценивает соглашение о задатке как самостоятельное и акцессорное, а, как известно, исполнение или неисполнение акцессорного обязательства не могут быть фактами, определяющими судьбу основного обязательства, если только это не будет прямо оговорено сторонами в договоре или соглашении.

Задатком могут обеспечиваться любые договоры, заключаемые в устной и письменной форме.

Суть *платежной* функции задатка – в том, что задаток выдается стороной-должником по основному обязательству и получение суммы задатка представляет собой частичное исполнение договорного обязательства. Однако, по справедливому замечанию Ем В. С., платежная функция задатка имеет место только в случае исполнения сторонами своих договорных обязательств[[32]](#footnote-32)1. При неисполнении обязательств, обеспечиваемых задатком, задаток начинает играть роль штрафа и в этой части по своей роли несколько сближается с неустойкой.

Главная функция задатка, как и любого другого способа обеспечения исполнения обязательств, - *обеспечительная*. Основное ее назначение заключается в том, что неблагоприятные имущественные последствия, наступающие в случае неисполнения договора, побуждают обе стороны исполнять основное обязательство, чтобы избежать этих последствий.

Правовое воздействие задатка на неисправную сторону проявляется в том, что если за неисполнение договора ответственна сторона, выдавшая задаток, он остается у другой стороны, а если за неисполнение договора ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка (п.2 ст. 381 ГК). Именно потеря задатка одним или возвращение его другим в двойном размере составляют суть обеспечительной функции задатка. В этом качестве сам задаток и его обеспечительная функция приобретают штрафной характер. Однако следует отметить, что указанные последствия наступают, во-первых, только при наличии вины и, во-вторых, безотносительно к причинению другой стороне убытков (это еще одна черта, присущая и задатку, и неустойке). Вместе с тем утрата задатка, равно как и возвращение его в двойном размере, не освобождает сторону, виновную в неисполнении главного обязательства, от возмещения другой стороне причиненных убытков с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное (п. 2 ст. 381 ГК РФ). Практически это означает, что когда за неисполнение главного обязательства виновным признается задаткодатель, то он обязан возместить задаткополучателю убытки в части, превышающей сумму задатка. Если же виновным признается задаткополучатель, то с него в пользу задаткодателя взыскивается двойная сумма задатка и, сверх того, убытки в части, превышающей однократную сумму задатка.

***3. Задаток и аванс***

Задаток не следует смешивать с авансом. Аванс, как и задаток, есть сумма, уплачиваемая наперед одной стороной другой стороне, то есть и задаток, и аванс выполняют платежную функцию, так как денежные суммы в обоих случаях вносятся кредитору в счет причитающихся платежей. Также обе эти суммы вносятся заранее, то есть до возникновения обязательства, чем отличаются от обычных платежей по обязательству. Однако если основной целью аванса является финансирование деятельности другой стороны путем уплаты вперед части причитающейся суммы, то задаток служит, прежде всего, доказательством заключения договора и средством обеспечения его исполнения, хотя и несет в себе платежное назначение.

Аванс, как и задаток, выполняет доказательственную функцию; факт выдачи задатка и аванса доказывает установление обязательства[[33]](#footnote-33)1. Но следует иметь в виду, что факт выдачи аванса не является безусловным доказательством факта заключения договора – он рассматривается лишь в качестве одного из многих возможных доказательств, в то время как соглашения о задатке достаточно для подтверждения заключения договора.

Помимо платежной и доказательственной функций задаток выполняет еще и обеспечительную функцию, присущую всем способам обеспечения исполнения обязательств. Авансу же такая функция не принадлежит. Поэтому сторона, выдавшая аванс, вправе требовать его возвращения в случае прекращения по соглашению сторон обязательства до начала его исполнения, а также во всех случаях неисполнения договора, за исключением тех, когда по закону или договору другая сторона сохраняет право на вознаграждение несмотря на неисполнение договора. В отличие от аванса, согласно п. 1 ст. 381 ГК РФ, задаток должен быть возвращен в однократном размере только в случае, если обязательство было аннулировано сторонами до начала его исполнения или прекращено по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (ст. 416 ГК РФ).

Несмотря на указанные различия задатка и аванса, на практике зачастую возникают трудности в определении того, является ли заранее сделанный платеж задатком или авансом[[34]](#footnote-34)1. На этот счет законодатель специально предусматривает презумпцию, согласно которой в случае сомнения в назначении сумм, выплаченных по договору, эти суммы следует считать авансом, а не задатком (п. 3 ст. 380 ГК РФ). При нарушении формы соглашения о задатке, пока не доказано иное, выплаченные суммы также следует рассматривать в качестве аванса.

***4. Виды задатка. Отступное***

Ни в законе, ни в литературе на сегодняшний день не существует такой разветвленной классификации видов задатка, как неустойки. На наш взгляд, можно разграничить разные виды задатка лишь по источнику возникновения. По этому основанию можно выделить *задаток, предусматриваемый договором*, и *задаток, предусматриваемый нормативно-правовым актом*. Примером последнего могут служить различные правила проведения торгов, аукционов и конкурсов (например, обязательное внесение задатка для участия в конкурсе предусматривается п. 21 Правил проведения конкурсов на право заключения договоров доверительного управления закрепленными в федеральной собственности акциями акционерных обществ угольной промышленности (угольных компаний), утвержденных постановлением Правительства РФ от 11 декабря 1996г. № 1485). Однако некоторые цивилисты полагают, что такой вид задатка, предусмотренный ст. 448 ГК, не является задатком в полном его значении, так как он не выполняет платежной функции[[35]](#footnote-35)1. В случае заключения договора участником, выигравшим торги, сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному на торгах договору, то есть в счет исполнения иного обязательства, отличного от обеспечиваемого. Вследствие этого, сумма, вносимая как задаток, трансформируется в аванс по новому обязательству, а соглашение о подобном задатке должно быть отнесено к договорам, не предусмотренным законам, но не противоречащим ему.

В качестве отдельного вида задатка в доктрине также выделяется *задаток, обеспечивающий исполнение предварительный договор*. Однако многие цивилисты в корне не согласны с возможностью обеспечения задатком таких договоров, ссылаясь на то, что задаток представляет собой часть причитающихся платежей, но обязанность производить какие бы то ни было платежи возникнет только после заключения основного договора[[36]](#footnote-36)1.

Как особый специфический вид задатка можно выделить *отступное*. Суть отступного заключается в том, что лишением права на данную в качестве задатка сумму исчерпываются все последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора. Сторона получает право отступиться от заключенного уже договора, уплатив другой стороне определенную денежную сумму, а другая сторона, согласившись на отступное, соответственно теряет всякое право взыскать убытки со стороны, отступившей от договора. Среди цивилистов имеются разные мнения насчет юридической грамотности института отступного. Наиболее яростным противником отступного можно, пожалуй, назвать Шершеневича Г. Ф., который говорит о различной природе задатка и отступного: «Задаток есть средство обеспечения обязательства; он укрепляет позиции участников гражданских правоотношений, предоставляя им дополнительные гарантии. Отступное – не есть средство обеспечения и, следовательно, укрепления обязательства; это, наоборот, есть средство ослабления обязательства…»[[37]](#footnote-37)2. Как бы то ни было, ст. 409 ГК РФ специально оговаривает прекращение обязательств отступным, и если стороны в своем договоре или специальном соглашении согласуют условие о том, что потеря задатка лицом, давшим его, или выплата двойной суммы задатка лицом, получившим его, является отступным, в случае наступления соответствующих условий обязательство будет считаться прекращенным предоставлением взамен исполнения отступного.

**III. Неустойка и задаток: сходства и различия**

В данной работе уже неоднократно обращалось внимание как на моменты, сближающие неустойку с задатком, так и на проводящие между ними различие. Тем не менее, на наш взгляд, следует еще раз расставить акценты и подвести некоторые итоги.

Итак, неустойка и задаток. Оба пришли к нам из Древнего Рима. Оба представляют собой акцессорные способы обеспечения исполнения обязательств, одновременно играя роль санкции. Оба могут иметь и договорное, и законное происхождение. Как неустойка, так и задаток обременяют собой и кредитора, и должника, что выделяет их из всех других способов обеспечения исполнения обязательств. Некоторое сходство имеется и в сущности этих двух институтов: задаток, как заранее зафиксированная сумма, подлежащая уплате при неисполнении обязательства, имеет некоторые черты сходства с неустойкой, представляющей собой заранее определенный размер денежной суммы. Сходство задатка и неустойки проявляется также в том, что сверх потери суммы задатка сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное.

Говоря о различиях неустойки и задатка, прежде всего, следует отметить, что задаток вносится вперед, а неустойка только обуславливается при заключении договора. Далее, неустойка взыскивается в случаях неисполнения и ненадлежащего исполнения основного обязательства, в то время как задаток – только неисполнение основного обязательства. И неустойка, и задаток требуют заключения отдельного соглашения в письменной форме, но если несоблюдение этой формы при заключении соглашения о задатке лишь влечет за собой лишение сторон права ссылаться на свидетельские показания, то для неустоечного соглашения письменная форма является условием действительности. Неустойка и задаток отличаются и по функциям: если у неустойки основной акцент сделан на обеспечительную функцию, то задаток, помимо этого, служит еще и доказательством заключения договора по основному обязательству, а также выполняет платежную функцию. Еще одно важное различие заключается в том, что неустойка может быть уменьшена судом, а сумма задатка является жестко зафиксированным пределом неблагоприятных имущественных последствий лиц, не исполнивших обеспеченное задатком обязательство.

Вот, пожалуй, и все основные сходства и различия между неустойкой и задатком.

***Заключение***

Таковы общие положения, касающиеся правового регулирования институтов неустойки и задатка как способов обеспечения исполнения обязательств в российском гражданском праве. Обеспечение исполнения обязательств, гарантии, предоставляемые стороне на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения контрагентом своих обязанностей играют крайне важную роль в современном гражданском обороте, а поэтому нам представляется более чем оправданным такое обильное внимание, какое оказывают способам обеспечения исполнения обязательств, а в частности, неустойке и задатку, все российские цивилисты – от классиков российской цивилистики царской России (Шершеневич Г. Ф.) и основоположников советского гражданского права (Иоффе О. С., Новицкий И. Б.) до специалистов в области современного гражданского права (Брагинский В. В., Витрянский М. И.).

Как уже упоминалось выше, неустойка и задаток являются древнейшими способами обеспечения исполнения обязательств, и за все время их существования многое было сделано для более четкого регулирования отношений, связанных с ними. И, тем не менее, эти институты нуждаются-таки в дальнейшем развитии и совершенствовании, еще устранены не все пробелы. Так, нам представляется крайне необходимым более четкое урегулирование отношений, связанных с *законной неустойкой*, а также сделать *уменьшение неустойки* в случае ее явной несоразмерности не полномочием, а обязанностью суда; еще было бы неплохо предоставить какие-то дополнительные гарантии задаткодателю на случай недобросовестности задаткополучателя. Это поможет, на наш взгляд, решить множество спорных вопросов, имеющихся в настоящее время в теории, и обеспечить более грамотное применение неустойки и задатка на практике. Ведь только грамотное и правильное применение правовых институтов способствует развитию гражданского оборота. А для осуществления этой цели необходимо развивать и углублять исследования способов обеспечения исполнения обязательств и успешно разрешать все их практические трудности для построения стройной единой системы обеспечения исполнения обязательств в гражданском праве.

**Нормативные акты**

Гражданский Кодекс Российской Федерации 1996г.

Гражданский Кодекс РСФСР 1964г.

Гражданский Кодекс РСФСР 1922г.

Федеральный Закон «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 30 ноября 1994г.

Устав железный дорог СССр, утв. Постановлением СМ СССР от 6 апреля 1964 г.

Федеральный Закон «О поставках продукции для государственных нужд» (в ред. 1997г.)

**Список литературы**

1. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву// Москва, 1987;
2. Анненков К. А. Система русского гражданского права. Том 3. Обязательственные права// Спб., 1898;
3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения// Москва, 1998;
4. Винавер А. М. Неустойка// Москва, 1998;
5. Гавзе Ф. И. Обязательственное право// Москва, 1968;
6. Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств// Москва, 1999;
7. Гражданское право. Том II. Полутом 1. (учебник) под ред. Суханова Е. А.// Москва, 1999;
8. Иоффе О. С. Обязательственное право// Москва, 1975;
9. Константинова В. С. Способы обеспечения исполнения обязательств// Москва, 1997;
10. Лейст О. Э. Санкции и отсветственность по советскому праву// Москва, 1981;
11. Липницкий Л. Х. Предотвращение хозяйственных правонарушений и эффективность производства // Хозяйственное право и экономическое право. Донецк, 1979;
12. Малеин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях// Москва, 1987;
13. Маликова Э. М. Методология изучения неустойки. Стерлитамак, 1999;
14. Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве// Москва, 1950;
15. Павлодский Е. А. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой// Москва, 1999;
16. Панаиотов И. Г. Обеспечения обязательств// Москва, 1958;
17. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства// Спб., 1890;
18. Райхер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Москва, 1958;
19. Садиков О. Н. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой// Москва, 1997;
20. Суханов Е. А. Курс лекций по гражданскому праву. Особенная часть// Москва, 2001-2002;
21. Толстой В. С. Исполнение обязательств// Москва, 1973;
22. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права// Москва,

в ред. 1907г. и 1911г.

1. 1 Анненков К. А. Система русского гражданского права. Том 3. Обязательственные права. Спб., 1898. С. 243 [↑](#footnote-ref-1)
2. 1 Анненков К. Обязательственные права. Москва, 1995. С. 241

   2 Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Москва, 1911. С. 293

   3 Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 392 [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. 1 Иоффе О. С. Обязательственное право. Москва, 1975. С. 154 [↑](#footnote-ref-4)
5. [↑](#footnote-ref-5)
6. 1 См.: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. Спб., 1890. С. 288 [↑](#footnote-ref-6)
7. 2 Маликова Э. М. Методология изучения неустойки. Стерлитамак, 1999. С. 47-48 [↑](#footnote-ref-7)
8. 1 Суханов Е. А. Курс лекций по гражданскому праву. Особенная часть. Москва, 2001-2002. [↑](#footnote-ref-8)
9. 1 Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. Москва, 1999. С. 8; Райхер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Москва, 1958. С. 180 [↑](#footnote-ref-9)
10. 2 Малеин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. Москва, 1987. С. 38-39 [↑](#footnote-ref-10)
11. 3 Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. Москва, 1950. С. 237-238

    4 Лейст О. Э. Санкции и отсветственность по советскому праву. Москва, 1981. С. 168 [↑](#footnote-ref-11)
12. [↑](#footnote-ref-12)
13. 1 Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 394 [↑](#footnote-ref-13)
14. 2 Липницкий Л. Х. Предотвращение хозяйственных правонарушений и эффективность производства // Хозяйственное право и экономическое право. Донецк, 1979. С. 96 [↑](#footnote-ref-14)
15. 3 Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 382

    4 Павлодский Е. А. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой. С. 579 [↑](#footnote-ref-15)
16. [↑](#footnote-ref-16)
17. 1 Федеральный Закон «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 30 ноября 1994г. (СЗ РФ, 1994, №32, ст. 3302) [↑](#footnote-ref-17)
18. 2 Устав железный дорог СССр, утв. Постановлением СМ СССР от 6 апреля 1964 г. №270 (СП СССР, 1964, №5, ст. 36) [↑](#footnote-ref-18)
19. 1 Федеральный Закон «О поставках продукции для государственных нужд» (Российская Газета. 1994. 21 октября; 1997. 20 марта)

    2 Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 395

    3 Райхер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Москва, 1958. С. 98 [↑](#footnote-ref-19)
20. [↑](#footnote-ref-20)
21. [↑](#footnote-ref-21)
22. 1 Константинова В. С. Способы обеспечения исполнения обязательств. Москва, 1997. С. 53

    2 Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. Москва, 1999. С. 9 [↑](#footnote-ref-22)
23. [↑](#footnote-ref-23)
24. 1 Панаиотов И. Г. полагает, что только кумулятивная неустойка носит штрафной характер и является неустойкой в правильном ее значении; остальные же виды неустоек так или иначе перекрывают убытки, а потому не имеют значения штрафа. (Панаиотов И. Г. Обеспечения обязательств. Москва, 1958. С. 17-18) [↑](#footnote-ref-24)
25. 1 Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. Москва, 1950. С. 240

    2 Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 488 [↑](#footnote-ref-25)
26. [↑](#footnote-ref-26)
27. 1 Гражданский Кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г.

    2 Гражданский Кодекс РСФСР 1922 г. [↑](#footnote-ref-27)
28. [↑](#footnote-ref-28)
29. 1 См.: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. Спб., 1890. С. 54-56; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 495; Садиков О. Н. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой. Москва, 1997. С. 627 [↑](#footnote-ref-29)
30. 1 Садиков О. Н. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой. Москва, 1997. С. 629

    2 Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 291 [↑](#footnote-ref-30)
31. 1 Гражданское право. Том II. Полутом 1. (учебник) под ред. Суханова Е. А. Москва, 1999. С. 62-63 [↑](#footnote-ref-31)
32. [↑](#footnote-ref-32)
33. 1 Толстой В. С. Исполнение обязательств. Москва, 1973. С. 56-58 [↑](#footnote-ref-33)
34. 1 Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 489-490 [↑](#footnote-ref-34)
35. 1 Гавзе Ф. И. Обязательственное право. Москва, 1968. С. 112 [↑](#footnote-ref-35)
36. 1 Анненков К. Система русского гражданского права. Том 3. Обязательственные права. Спб., 1898. С. 425; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 489-490

    2 Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 312 [↑](#footnote-ref-36)
37. [↑](#footnote-ref-37)