



Артём Георгиевич Карапетов

профессор Российской школы частного права,
ректор Юридического института «М-Логос»,
кандидат юридических наук

Согласно правовой позиции Президиума ВАС РФ, сформированной комментируемым постановлением, условие предварительного договора о задатке является недействительным, так как задаток в этом случае не выполняет платежной функции. По мнению автора, для такого узкого судебного толкования нет оснований ни с точки зрения догмы, ни с точки зрения политики права.

*Ключевые слова: задаток, предварительный договор,
принцип свободы договора*

Есть ли смысл в запрете обеспечения задатком обязательств из предварительного договора?

Комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 13331/09

Суть судебного спора. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19.01.2010 № 13331/09¹ привлекло внимание многих интересующихся договорным правом юристов. Речь шла о получившем в последнее время особую остроту вопросе — о допустимости включения условия о задатке в предварительный договор. Де-факто Президиум ВАС РФ в этом прецедентном решении выразил текущую (но, надеемся, все же не окончательную) правовую позицию по данному вопросу, и теперь квалифицированный юрист, оформляющий

¹ См.: Вестник ВАС РФ. 2010. № 4. С. 209–212.

контракт, споры по которому могут стать предметом рассмотрения в арбитражных судах, будет вынужден принимать ее в расчет.

Суть спора, рассмотренного в порядке надзора Президиумом ВАС РФ, состояла в следующем. Стороны оформили предварительный договор и установили взаимные обязательства заключить основной договор в течение определенного срока. Спорный нюанс заключался в том, что согласно этому предварительному договору одна из сторон вносила в обеспечение взаимных обязательств по заключению основного договора определенную сумму в качестве задатка. По условиям предварительного договора при заключении сторонами основного договора уплаченная в качестве задатка сумма должна была идти в зачет обязательств по оплате, возникающих в рамках этого основного договора. В силу прямого указания в предварительном договоре при нарушении сторонами своих обязательств по заключению основного договора к уплаченной в качестве задатка сумме применяются последствия, предусмотренные в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) в отношении задатка.

Согласованный задаток был выплачен, но в силу ряда причин предложение заключить основной договор в течение предусмотренного предварительным договором срока не было сделано ни одной из сторон. За истечением срока предварительного договора взаимные обязанности по заключению основного договора прекратились. Сторона, внесшая задаток, предъявила иск о его возврате в двойном размере, посчитав сторону, получившую задаток, ответственной за ненаправление в пределах установленного срока оферты по заключению основного договора. Ответчик защищался, ссылаясь на то, что сам истец помешал согласованию условий, без которых оферта не могла быть составлена.

Суд первой инстанции признал законным установление задатка в предварительном договоре, но отказал истцу в иске полностью, посчитав, что сумма задатка обоснованно присвоена ответчиком по причине уклонения истца от согласования тех вопросов, без которых по условиям предварительного договора стороны не могли заключить основной договор.

Апелляционная инстанция это решение отменила и взыскала с ответчика однократный размер полученного им задатка на основании норм о неосновательном обогащении. Кассационная инстанция такой подход поддержала и подтвердила право истца на возврат ему лишь однократного размера задатка. При этом с точки зрения как апелляционной, так и кассационной инстанции уплаченная в качестве задатка сумма не может считаться полноценным задатком из-за того, что предварительный договор не предусматривает денежных обязательств, в то время как задаток, по мнению суда, может обеспечивать лишь такой договор, из которого проистекают обязательства по оплате. То, что стороны обозначили как задаток, суды оценили в качестве аванса, уплаченного в счет будущих обязательств, которые могли возникнуть, будь основной договор заключен. Причем суд апелляционной инстанции не исключил и интерпретацию уплаченной суммы в качестве непоименованного способа обеспечения. Тем не менее, так как ни одна из сторон оферту не предъявила, уплаченную сумму необходимо было в однократном размере вернуть в любом случае в связи с тем, что предварительный договор не обязывал стороны направлять оферты и соответственно ни одна из сторон договор

не нарушала. Истечение же срока предварительного договора лишало оснований дальнейшее удержание спорных платежей.

Президиум ВАС РФ поддержал позицию судов апелляционной и кассационной инстанций и признал необходимость вернуть задаток в однократном размере на основании норм о неосновательном обогащении. Но, аргументируя такое решение, ВАС РФ закрепил свою позицию в отношении самой возможности согласования в предварительном договоре условия о задатке. По мнению ВАС РФ, задаток не может обеспечивать обязательства, вытекающие из предварительного договора, так как это противоречит нормам ГК РФ о задатке, из которых вытекает, что задаток имеет в том числе и платежную функцию, т. е. идет в счет платежа по договору (п. 1 ст. 380 ГК РФ). Предварительный договор сам по себе никаких платежей не предполагает, а сумма задатка должна была засчитываться в счет платежей не по предварительному, а по заключаемому в дальнейшем основному договору. Это формально не вписывается в законодательное определение задатка и служит достаточным поводом для неприменения судом прямо выраженной воли сторон подчинить уплаченную сумму правовому режиму задатка.

По сути решение о возврате истцу лишь однократного размера задатка на основании норм о неосновательном обогащении является верным. Предварительный договор обязывает стороны не высылать предложение заключить основной договор (оферту), а акцептовать его, если оно поступит в пределах срока действия предварительного договора. Так как ни одна из сторон в срок не направила оферту, обязанность по заключению основного договора никем не была нарушена. В связи с тем что срок предварительного договора истек и соответствующие обязательства по заключению основного договора прекратились, удержание полученной суммы влекло очевидное неосновательное обогащение. Соответственно эту сумму следовало вернуть истцу не в двукратном, как он того требовал, а в однократном размере на основании норм ГК РФ о неосновательном обогащении. Поэтому никаких вопросов к *ratio decedendi* данного прецедента возникнуть не может.

Но насколько соответствует логике его *obiter dictum*, в котором суды указали в подтверждение своего подхода на невозможность сочетания условия о задатке и конструкции предварительного договора? Президиум ВАС РФ посчитал нужным при оценке вынесенных судами решений прямо поддержать точку зрения о недопустимости согласования сторонами условия о задатке в предварительном договоре. В связи с этим интерес представляет обоснованность не самой резолютивной части принятого Президиумом ВАС РФ постановления, а та правовая позиция, которая прозвучала при ее мотивировке.

Обзор проблемы

Вопрос о допустимости задатка по предварительному договору давно обсуждается юристами, судьями и учеными.

Судебная практика арбитражных судов до последнего времени носила противоречивый характер, но позиция о недопустимости согласования задатка в пред-

варительном договоре в системе арбитражных судов достаточно распространена². В то же время Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) высказал четкую правовую позицию о законности такого проявления свободы договора³. Соответственно в российской судебной практике в последние годы формировался дуализм в правовом режиме задатка. Судебная практика арбитражных судов его включение в предварительный договор часто отвергала, а судебная практика судов общей юрисдикции — вполне уверенно допускала. Рассматриваемый нами прецедент из практики ВАС РФ окончательно зафиксировал этот в целом неприемлемый, но, к сожалению, характерный для российского права регулятивный дуализм.

Среди современных ученых имеются как сторонники⁴, так и противники возможности использования задатка в предварительных договорах⁵. Детальный и абсолютно верный анализ этой проблематики приводит М.Ф. Ермошкина, которая в монографии, посвященной институту задатка, четко и логично обосновывает тезис об отсутствии внятных резонов ограничивать свободу договора в этом вопросе⁶.

Следует отметить, что использование задатка при заключении организационных договоров, создающих обязанность заключить основной договор в будущем, допускалось в римском праве, широко использовалось и признавалось законным в дореволюционном российском праве, а также без лишних сомнений допускается в гражданском праве многих зарубежных стран⁷.

В подобных условиях точка зрения Президиума ВАС РФ требует логического обоснования. По какой причине Суд занял столь ограничительную позицию? Могут ли в ее поддержку быть выдвинуты весомые доводы?

Догматические возражения против задатка в предварительном договоре

Суть догматического возражения сводится к тому, что соглашение сторон о задатке ничтожно, так как противоречит законодательству, а именно норме п. 1 ст. 380 ГК РФ. Согласно этой норме «задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору пла-

² Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 795–796.*

³ В определении ВС РФ от 10.03.2009 № 48-В08-19 указывается: «Основная цель задатка — предотвратить неисполнение договора... При этом Гражданский кодекс Российской Федерации не исключает возможности обеспечения задатком предварительного договора..., предусматривающего определенные обязанности сторон по заключению в будущем основного договора, и применения при наличии к тому оснований (уклонение стороны от заключения основного договора) обеспечительной функции задатка, установленной пунктом 2 статьи 381 ГК Российской Федерации и выражающейся в потере задатка или его уплате в двойном размере стороной, ответственной за неисполнение договора».

⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001. С. 602.*

⁵ См.: Гонгало Б.М. *Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 83–85.*

⁶ Ермошкина М.Ф. *Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды, сфера применения. М., 2008. С. 123–140.*

⁷ Подробный обзор см.: Ермошкина М.Ф. *Указ. соч.*

тежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения». Из смысла закона якобы вытекает, что договор, обязательства по которому обеспечиваются задатком, должен обязательно предусматривать денежное обязательство по оплате. Иначе платежная функция задатка, на которую недвусмысленно указывает ГК РФ, не может быть реализована. Предварительный же договор согласно ст. 429 ГК РФ носит организационный характер, порождает обязательства заключить основной договор (акцептовать поступившую оферту) и не предусматривает платежей. Обязательства по оплате если и будут возникать, то лишь по основному договору, который может быть заключен впоследствии. Исходя из такой формальной логики задаток никак не может быть предусмотрен в предварительном договоре, как и в любом ином договоре, прямо не предусматривающем платеж как обязанность одной из сторон.

С этой логикой нельзя согласиться по следующим основаниям. Тот факт, что задаток, включенный в предварительный договор, не имеет платежной функции в рамках того же договора, не может уничтожить это условие договора. В сущности, платежная функция, представляющая собой неотъемлемый конституирующий признак института задатка, никуда не исчезает. Она просто носит отложенный характер. Если основной договор будет заключен, то сумма задатка будет засчитываться в счет платежей по этому договору. В остальном задаток, включенный в предварительный договор, обладает всеми сущностными и функциональными чертами обычного задатка.

Нет никакой необходимости толковать смысл нормы п. 1 ст. 380 ГК РФ так, чтобы фраза о задатке, который выдается «в счет причитающихся по договору платежей», понималась столь узко.

Безусловно, принятая ВАС РФ интерпретация логически допустима, но не является единственно возможной. Как известно, любые нормы права многозначны и допускают различные интерпретации. При этом суд, выбирая между десятками допустимых согласно доминирующей интерпретивной методологии вариантов толкования нормы (между расширительным или ограничительным толкованием, между толкованием *a contrario* или по принципу *a fortiori* и т. п.), должен остановиться на оптимальном с политико-правовой точки зрения (например, наиболее справедливом и целесообразном). В случае с нормой п. 1 ст. 380 ГК РФ, где дается определение задатка, с точки зрения сложившейся в России методологии толкования закона допустимо и такое ее понимание, при котором платежная функция задатка может носить в том числе и отложенный характер, реализуясь не по предварительному договору, а по договору, заключаемому на его основании.

Иными словами, догматический анализ оставляет свободу маневра для признания спорного условия полноценным задатком при условии расширительной интерпретации нормы п. 1 ст. 380 ГК РФ. Буква закона отнюдь не принуждает принять предложенную ВАС РФ интерпретацию. Без внятных политико-правовых резонансов выбора именно такого, узкого толкования этой нормы позиция Суда остается не совсем понятной и содержательно мотивированной.

Причем нелогичность такой узкой интерпретации может быть продемонстрирована даже без каких-либо политико-правовых оценок. Достаточно просто оценить

норму п. 1 ст. 380 ГК РФ с точки зрения соображений системной согласованности законодательства и вспомнить, что в п. 4–5 ст. 448 Кодекса прямо и недвусмысленно предусматривается использование института задатка при участии в торгах. Задаток, вносимый участником торгов, обеспечивает интересы организатора торгов на случай отказа победившего на них участника от подписания протокола о результатах торгов, а также интересы самого участника — на случай зеркального отказа организатора. Таким образом, он, как и задаток по предварительному договору, обеспечивает интересы сторон в рамках сугубо организационных отношений. При этом согласно п. 4–5 ст. 448 ГК РФ при заключении с победителем торгов договора внесенный им ранее задаток засчитывается в счет платежей по этому договору. Причем законодателя не смущает возможность отложенного платежного эффекта задатка и обеспечения задатком обязанностей иных, чем те, что возникнут из договора, в счет денежного обязательства, из которого сумма задатка засчитывается при естественном ходе вещей.

Но даже если интерпретировать смысл п. 1 ст. 380 ГК РФ максимально узко и отвергнуть возможность отложенного платежного эффекта, это также не повлечет ничтожность волеизъявления сторон. Дело в том, что норма п. 1 ст. 380 ГК РФ дает определение понятия института задатка. Соответственно при ее узкой интерпретации спорное соглашение сторон хотя и не вписывается в конструкцию задатка, но отнюдь не является незаконным. В соответствии с п. 2 ст. 421 ГК РФ стороны вправе использовать непоименованные договорные конструкции, а согласно п. 1 ст. 429 Кодекса — имеют полную свободу согласовывать любые непоименованные способы обеспечения.

Принцип свободы договора предполагает, что, если то или иное волеизъявление не вписывается в определение того или иного договора, это еще само по себе не повод признавать волю сторон ничтожной. Иначе бы всемирно признанный принцип свободы заключения непоименованных договоров профанировался, ведь у любого непоименованного договора всегда найдется близкая поименованная договорная конструкция. Если бы суд имел право сопоставлять некий нестандартный договор с нормами ГК РФ о ближайшей поименованной договорной конструкции, с тем чтобы далее констатировать противоречие законодательному определению последней и соответственно ничтожность заключенной сторонами сделки, то де-факто в обороте было бы невозможно заключать непоименованные контракты.

Смысл непоименованного договора состоит в том, что он отпочковывается от некой поименованной договорной модели, не вписываясь в ее «конструктив». Причем, как правило, мотив, побуждающий к такому новаторству, сводится не только к возникновению абсолютно новой экономической цели, для достижения которой отсутствуют подходящие поименованные договорные модели, но и к неудовлетворенности участников оборота в структуре прав и обязанностей, сложившейся в рамках той или иной поименованной договорной модели. Банковская гарантия отличается от поручительства, кредит или банковский вклад — от займа, факторинг — от возмездной уступки права требования, а сделка РЕПО — от обеспеченного залогом ценных бумаг кредита не столько разницей в экономической сути операций, сколько различиями в области структуры правоотношения. И тот факт, что одни новации, отпочковавшиеся от более простых форм, уже оказались законодательно признаны, а другие — еще нет, принципиально ничего не меняет.

Развитие и расширение разнообразия договорных моделей невозможно остановить. Стремительно усложняющаяся и глобализирующаяся экономика предъявляет спрос на все новые правовые формы, институты и модели. Если римские юристы вначале признавали всего несколько форм договоров, лишая исковой защиты все остальные виды сделок, то далее под воздействием очевидных соображений политики права и расширения торговых связей с другими народами, практиковавшими часто иные приемы организации экономического оборота, были вынуждены признать конструкцию непоименованного договора. Дальнейшее развитие договорного права — это бесконечный процесс признания в позитивном праве новаций в области договорных моделей, развивающийся, как правило, по следующему алгоритму: сначала внедрение участниками оборота в свою практику новых видов сделок (этап практического внедрения), затем накопление опыта судебного рассмотрения споров, из них вытекающих (этап оценки), после этого в случае отсутствия серьезных политико-правовых возражений — придание им статуса непоименованных контрактов (промежуточный этап) и, наконец, прямое законодательное регулирование, основанное на накопившемся опыте судебной практики и научной рефлексии (этап признания позитивным правом). Таким нехитрым образом позитивное договорное право постоянно обогащалось новыми договорными типами.

Правда, на этапе оценки возникает вопрос о пределах свободы выбора непоименованных договорных форм. Иногда стороны создают непоименованные договорные конструкции, которые очевидно нарушают основы правопорядка или нравственности и носят явно несправедливый или несбалансированный характер. Такое «новаторство» должно, без сомнения, блокироваться правовой системой. Кроме того, зачастую такие новации возникают, для того чтобы можно было обойти важные для общества императивные нормы, включенные в законодательное регулирование поименованной договорной модели с целью прямого ограничения тех или иных проявлений свободы договора. Законодатель, желающий ограничить свободу сторон определять те или иные условия или оформлять те или иные сделки, при всем желании не может предусмотреть в законе все возможные договорные конструкции. Поэтому он вводит соответствующие ограничения в регулирование типичных, поименованных договорных типов. Создание участниками оборота дублирующих договорных конструкций, нацеленных на тот же самый или близкий реальный экономический результат, но по-иному структурирующих права и обязанности сторон и соответственно претендующих на статус законных непоименованных контрактов, может вызывать резонный протест. Классический пример — всевозможные творческие «новации», с помощью которых участники строительного рынка России все последние годы пытались обойти применение законодательства о долевом участии в строительстве. В данных случаях ссылки на то, что стороны выбрали непоименованный договор (например, договор инвестирования или иную непоименованную схему), носят притворный характер, направлены на обход закона и не должны вводить суд в заблуждение. Правовая система должна противостоять таким искусственным и общественно вредным новациям.

Дифференциация здорового и нездорового новаторства в сфере договорных форм невозможна в рамках сугубо догматической парадигмы мышления. Решение этого вопроса должно опираться на оценку комплекса политико-правовых соображений и основных мотивов сторон. Важно определить, нацелена ли непоименованная сделка на достижение путем иной комбинации прав и обязанностей того же самого

или близкого экономического результата, что и поименованный договор, в отношении которого законодателем введены те или иные ограничения свободы договора. Далее следует учесть, каков основной мотив сторон в отступлении от поименованной договорной модели. Но самое важное — оценить, не приводит ли такое новаторство к отходу от тех императивных предписаний и запретов, включенных в законодательное регулирование поименованного договора, за которыми стоит ясная воля законодателя прямо ограничить свободу договора применительно не только к той конкретной структуре правоотношения, которая подразумевается поименованной договорной моделью, но и к любым иным договорным моделям, направленным на достижение той же или близкой экономической цели.

Если создание непоименованной модели приводит к блокированию применения норм законодательства, касающихся близкого поименованного аналога, но не подкрепленных серьезными политико-правовыми соображениями в пользу прямого ограничения свободы договора, то новаторство не является незаконным обходом закона, а представляет собой реализацию права на свободное заключение непоименованных договоров. Иными словами, если заключение непоименованного договора само по себе не нарушает важные политико-правовые принципы (такие, например, как справедливость, добросовестность, этические ценности общества и т. п.) и при этом не нацелено на обход законодательных императивов, не допускающих некие экономические операции или те или иные их условия, то право должно давать таким сделкам зеленый свет. И наоборот: если установлено, что основным мотивом использования непоименованной договорной модели является обход неких принципиальных императивных норм, за которыми стоит подкрепленная серьезными политико-правовыми резонами воля законодателя ограничить свободу договора, то суды не должны признавать сделки непоименованными и обязаны применять нормы законодательства, регулирующие соответствующую поименованную договорную конструкцию.

С учетом сказанного очевидно, что признание условия о задатке по предварительному договору в качестве непоименованного способа обеспечения в полной мере вписывается в вариант здорового новаторства. Единственное, чему противоречит такое соглашение, — это определение договора задатка. Никакой цели обойти важные и принципиальные императивные нормы, направленные на ограничение свободы договора, в этом случае не наблюдается.

При такой интерпретации задаток по предварительному договору оказывается такой же законной непоименованной договорной конструкцией, как вексельный кредит, который в противоречие с определением договора кредита (п. 1 ст. 819 ГК РФ) не выражен непосредственно в деньгах; товарная неустойка, не вписывающаяся в понятие обычной неустойки как денежной суммы (п. 1 ст. 330 ГК РФ); так называемый залог денежной суммы, который прокатные компании часто берут с потребителей в обеспечение возможного ущерба от повреждения предмета проката и который не соответствует нормам ГК РФ об обращении взыскания на предмет залога, а равно любая иная безвредная с политико-правовой точки зрения договорная новация.

При этом все нормы ГК РФ о задатке, кроме узко понятого указания на платежную функцию, оказываются вполне применимыми по аналогии.

Зададимся вопросом: неужели ВАС РФ признал бы это соглашение ничтожным даже тогда, когда стороны обозначили бы соответствующую сумму в качестве обеспечительного платежа и все то, что написано сейчас в ГК РФ о задатке, включили бы в текст своего договора с одним уточнением, касающимся отложенного эффекта платежной функции? Если да — это было бы вопиющим нарушением законодательно признанного права согласовывать непоименованные способы обеспечения. Если нет — практика Суда выглядела бы как нехарактерный для современного гражданского права формализм, при котором вполне ясная воля сторон оказывается заложницей игр в слова.

Таким образом, существуют два приемлемых варианта разумного и бережного к воле сторон подхода к условию о задатке в предварительном договоре: либо а) расширительное толкование платежной функции задатка и признание соответствующего условия договора особой разновидностью задатка с отложенным платежным эффектом⁸, либо б) признание этого условия непоименованным способом обеспечения, к которому по аналогии применяются правила о задатке с единственной модификацией в части платежного эффекта⁹. Разница между двумя вариантами для нас несущественна, и любой из них можно было бы поддержать.

Политико-правовое возражение против задатка в предварительном договоре

Но иногда против включения условия о задатке в предварительный договор выдвигаются и политико-правовые возражения. Думается, они также сыграли при принятии рассматриваемого нами постановления Президиума ВАС РФ определенную, если не определяющую роль.

С одной стороны, как мы уже отмечали, в самом факте согласования задатка в предварительном договоре нет ничего, что могло бы вызвать несправедливость, спровоцировать дестабилизацию принципа правовой определенности, привести к экономически неэффективному результату или нарушить иные политико-правовые ценности или принципы. Непредубежденный взгляд не увидит здесь чего-то вопиюще негативного и вредного, достойного неминуемого искоренения из оборота любыми средствами. С другой стороны, в российской практике имеются примеры, когда задаток в предварительном договоре действительно не столь безобиден.

Речь идет в первую очередь о тех случаях, когда, для того чтобы обойти законодательство о долевом участии в строительстве, застройщики вместо заключения одноименного договора, детально урегулированного Федеральным законом от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 214-ФЗ), оформляют с «дольщиками» предварительные договоры купли-продажи квартиры с условием о задатке. Причем в таких схемах задаток часто равен чуть ли не 100% платежа за квартиру, который покупатель был бы обязан внести после заключения основного договора. По окончании строительства здания и введения его в эксплуатацию с покупателем

⁸ *Такую позицию поддерживает В.В. Витрянский — см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 602.*

⁹ *Данный подход предлагается М.Ф. Ермошкиной — см.: Ермошкина М.Ф. Указ. соч. С. 130.*

заключается уже основной договор купли-продажи, оплата по которому де-факто была произведена заранее на основании предварительного договора. Основная и вполне очевидная цель такой схемы состоит в том, чтобы исключить применение ряда неудобных застройщику норм Закона № 214-ФЗ, в частности о государственной регистрации договоров долевого участия, о санкциях за нарушение сроков и т. д.

В данном случае сильная сторона сделки, прикрываясь принципом свободы договора, навязывает покупателям формально законную договорную конструкцию в целях обойти закон и, по сути, лишает их тех гарантий, которые законодатель посчитал нужным предоставить покупателям строящегося жилья. Причем вполне очевидно, что использование в этой ситуации альтернативных договорных конструкций (предварительный договор и задаток) является притворной практикой, по существу направленной на обход применения тех императивных норм, за которыми стоит ясная воля законодателя ограничить свободу договора и установить регулятивный порядок независимо от выбора сторон в пользу той или иной договорной модели. Когда, например, законодатель вводит обязательность регистрации сделок долевого участия в строительстве, он хочет защитить покупателя от возможных случаев двойной продажи, и его воля явно направлена на то, чтобы такой порядок применялся ко всем случаям реализации права на недвижимость на стадии строительства, а не только тогда, когда стороны назвали свои контракты договорами долевого участия в строительстве. Соответственно нам представляется несомненным, что в данном случае право должно ограничивать свободу выбора непоименованной договорной модели.

Недавние поправки в законодательство прямо вывели за рамки закона использование любых альтернативных договорных конструкций при продаже жилья на стадии строительства¹⁰. Но долгое время задаток по предварительному договору воспринимался как один из элементов вышеизложенной притворной схемы, направленной на обход соответствующих законодательных гарантий интересов слабой стороны.

Думается, именно этот факт и определил общую отрицательную оценку возможности включения условия о задатке в предварительный договор. Запрещая это условие, ВАС РФ пытался бороться с тем, с чем политико-правовые соображения в данной конкретной ситуации действительно дают серьезные основания бороться.

В то же время, как верно отмечают российские исследователи¹¹, такая реакция является избыточной. Американские юристы называют подобные правотворческие реакции избыточными (*overinclusive*), т. е. такими, чья сфера действия оказывается больше, чем решаемая проблема. Имея цель вывести за рамки закона вполне конкретные случаи использования сопряженного с задатком предварительного договора, ВАС РФ признал незаконными и те случаи, в которых ничего с политико-правовой точки зрения предосудительного нет. Таким же образом Суд мог бы запретить возложение исполнения обязательств на третье лицо из-за того, что иногда этот прием используется с целью обойти императивную очередность списания средств со счета, или сделки страхования из-за того, что к ним прибе-

¹⁰ См. п. 2 и 2.1 ст. 1 Закона № 214-ФЗ в редакции Федерального закона от 17.06.2010 № 119-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

¹¹ См.: Ермошкина М.Ф. Указ. соч. С. 138–140.

гают для уклонения от уплаты налогов. По сути любая поименованная или непоименованная договорная конструкция может использоваться как для оформления здорового экономического оборота, так и для тех или иных злоупотреблений, уклонения от соблюдения закона или даже преступлений. Поэтому право должно очень внимательно и дифференцировано подходить к случаям реализации принципа свободы договора. С локальным злом следует бороться локальными мерами, а применять тотальные запреты стоит в самых вопиющих случаях.

Иными словами, средства противодействия должны быть соразмерны угрозе. В данном случае побороть конкретную, признанную с политико-правовой точки зрения неприемлемой схему обхода закона можно было куда проще. Суду достаточно было в одном из надзорных постановлений, в информационном письме Президиума или даже в постановлении Пленума ВАС РФ признать использование модели предварительного договора со значительной суммой задатка в обход модели договора долевого участия в строительстве притворной сделкой. Это вывело бы за рамки закона ровно ту схему, которая того заслуживает, и не ограничило бы свободу договора избыточно. К тому же с учетом последних поправок в Закон № 214-ФЗ в таком ограничении уже и нет нужды. Теперь согласно новой редакции п. 2 и 2.1 ст. 1 этого Закона привлечение денежных средств граждан, связанное с возникающим у граждан правом собственности на жилые помещения в еще не введенных к эксплуатацию многоквартирных домах, допускается только в договорных формах, предусмотренных в данном Законе, а использование иных договорных форм может быть признано недействительным по иску гражданина.

В этих условиях, если предприниматели станут и дальше упорствовать в своем нежелании использовать императивно предусмотренные для целей реализации прав на строящееся жилье договорные модели, государство должно будет применять соответствующие публично-правовые санкции. Отказ в признании допустимости задатка в предварительном договоре эту проблему не решит: в таком случае будут использоваться другие притворные конструкции (например, вексельная схема).

Структура правоотношения в случае наличия задатка в предварительном договоре

Что же происходит с правами и обязанностями сторон предварительного договора при согласовании задатка? Суть этой конструкции можно легко описать следующим образом.

1. Одна из сторон предварительного договора выплачивает другой стороне некую сумму в качестве задатка.
2. Задаток имеет целью обеспечение взаимных обязательств двух сторон предварительного договора по акцепту направленной одним из контрагентов оферты на заключение основного договора, если, конечно, таковая поступит в течение срока действия договора.
3. В этой схеме задаток вносит та сторона, которая в случае заключения основного договора должна будет осуществить денежное обязательство.
4. В случае заключения основного договора сумма уплаченного задатка засчитывается в счет платежей по основному договору.

5. В случае если в пределах срока действия предварительного договора одна из сторон решит заключить основной договор и направит контрагенту соответствующую оферту, а контрагент в нарушение своих обязанностей по предварительному договору откажется ее акцептовать, то у оферента возникнет выбор: он сможет либо пойти в суд и принуждать к заключению договора в соответствии с п. 5 ст. 429 ГК РФ, либо отказать от предварительного договора со ссылкой на его существенное нарушение.
6. Если оферент выбирает судебное принуждение, то задаток остается у получателя задатка (независимо от того, является им истец или ответчик) и после заключения договора на основании судебного решения засчитывается в счет платежей по договору.
7. Если же в ответ на уклонение от акцепта оферты оферент откажется от договора, посчитав нецелесообразным и неэффективным судебное принуждение к заключению договора, он сможет воспользоваться обеспечительными правами, предоставляемыми задатком.
8. В случае если сторона, направившая оферту и столкнувшаяся с уклонением от ее акцепта, предоставляла ранее сам задаток, то она, обоснованно отказавшись от предварительного договора, получает право требовать возврата двойной суммы задатка. Если же оферентом является получатель задатка, то он, отказавшись от нарушенного предварительного договора, может заявить о присвоении полученного задатка.
9. Если в течение срока действия предварительного договора ни одна из сторон не делает предложение заключить основной договор и обеспеченные задатком обязательства прекратятся, уплаченную сумму задатка следует немедленно возвратить из-за утраты основания ее дальнейшего удержания.

Такая структура правоотношения, возникающего в случае согласования задатка по предварительному договору, оказывается точным воспроизведением обычного задаточного правоотношения с одним лишь незначительным нюансом — переносом платежной функции на основной договор.

По существу же описанная конструкция выглядит вполне разумной, сбалансированной и не вызывающей серьезных доктринальных или политико-правовых возражений. Если стороны хотят использовать эту договорную модель, у права нет никаких резонов ограничивать их в этом желании. Главное, чтобы в конкретной ситуации использование этой конструкции не представляло собой заключение притворной сделки, не было направлено на обход закона и не нарушало вопиющим образом основные гражданско-правовые принципы справедливости и добросовестности.

Принцип свободы договора как презумпция

Изложенный нами либеральный подход к вопросу о допустимости задатка в предварительном договоре в полной мере соответствует общей схеме функционирования принципа свободы договора в развитых странах мира¹², где этот принцип понимается как важная, но опровержимая презумпция.

¹² Подробнее об этой схеме см.: Карпетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 100–133.

Презумптивная интерпретация принципа свободы договора означает следующее:

- 1) государство и право не должны ограничивать свободу заключения сделок и определения их содержания, если для такого вмешательства не существует очень веских политико-правовых оснований (например, необходимость реакции государства на вопиющее попрание принципов справедливости или этики, возникновение серьезных отрицательных последствий для третьих лиц, глобальная экономическая неэффективность, серьезное ущемление интересов слабой стороны сделки и др.);
- 2) бремя доказывания возлагается на сторонников введения ограничения свободы договора. Принцип свободы договора, представляя собой проявление общепризнанного принципа личной свободы и частной автономии и краеугольный камень современной рыночной экономики, а также вытекая из ч. 1 ст. 8 и ч. 1 ст. 34 Конституции РФ, по определению признается не требующим дополнительных оснований. Это значит, что, как и любой правовой или конституционный принцип, идея свободы договора допускает исключения, но предполагает, что каждое такое исключение требует серьезной аргументации с отсылкой к ценностям более весомым, чем общепризнанная ценность свободы экономической деятельности.

Первым, кто сформулировал этот ставший традиционным для западных стран канон, был знаменитый британский философ и экономист Джон Старт Милль. В одной из своих книг он писал, что «нельзя... отыскать какое-то единое правило для ограничения сферы вмешательства правительства, за исключением простого, но расплывчатого положения о том, что вмешательство это следует допустить исключительно при наличии особо веских соображений практической целесообразности»¹³. В той же книге Дж. Милль выразил эту крайне важную идею еще более лаконично. Он писал, что «laissez-faire должно быть общим правилом» и «всякое отступление от него будет очевидным злом», если только оно не оправдывается «какой-либо громадной пользой»¹⁴.

Если сравнить этот общепризнанный в мире подход к вопросу о пределах свободы договора с решением ВАС РФ, можно будет отчетливо увидеть диссонанс. Суд ограничил свободу договора, хотя не был принужден к этому буквой закона, и при этом не привел в подтверждение своей ограничительной позиции какие-либо весомые политико-правовые резоны, а те, что, вероятно, он имел в виду, но посчитал нужным скрыть, не являются достаточно убедительными.

Это далеко не первый случай, когда российские суды демонстрируют недооценку важнейших правовых основ рыночной экономики и ограничивают автономию воли участников оборота без достаточных оснований, но, к чести ВАС РФ, ранее он, как правило, отказывался от неоправданных с политико-правовой точки зрения ограничений свободы договора. В частности, после нескольких лет сомнений ВАС РФ в конце концов снял все неоправданные ограничения допустимости уступки прав требования¹⁵. Другой пример: совсем недавно ВАС РФ прямо

¹³ Милль Дж. *Основы политической экономии*. В 3 т. Т. 3. М., 1981. С. 151–152.

¹⁴ Там же. С. 350.

¹⁵ См. информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120.

признал необоснованной абсурдную практику некоторых судов, не допускавших общепринятую в обороте привязку срока исполнения встречного договорного обязательства одной стороны к получению исполнения от другой стороны¹⁶.

Анализируя судебную практику ВАС РФ последних лет, нетрудно заметить, что Суд старается проводить либеральную линию, комплиментарную свободе договора и базовым принципам свободной экономической деятельности. Безусловно, он в некоторых случаях ограничивает свободу договора, иногда оправданно¹⁷, иногда не вполне¹⁸, но по сравнению с практикой второй половины 1990-х гг. очевидна либерализация. Когда речь идет о несомненно здоровых с политико-правовой точки зрения сделках или договорных условиях, ВАС РФ стал намного чаще и охотнее подстраивать договорное право под потребности свободной экономической деятельности и признавать автономию воли сторон. Выбирая между разными интерпретациями закона, Суд все чаще останавливается на том варианте, который минимизирует ограничения свободы договора и основания для отмены волеизъявления сторон.

Эта важная прогрессивная тенденция в практике ВАС РФ все еще не вполне последовательна и далека от повседневных реалий нижестоящих судов, как правило, куда более бесцеремонных в отношении принципа свободы договора. Однако она служит верным сигналом судам и в эволюционном плане должна быть оценена крайне высоко. В конечном счете такая практика намечает сближение российского права с правовыми порядками развитых стран, где принцип свободы договора имеет высокий авторитет и не допускает в судебной практике отступления от него в отсутствие серьезной аргументации.

Общая либеральная тенденция в практике ВАС РФ дает нам основания надеяться, что у Суда найдется повод изменить свою практику и снять неоправданное ограничение в отношении сочетания задатка и предварительного договора. В настоящее же время, думается, лучшим решением будет прямое законодательное признание права согласования задатка в предварительном договоре.¹⁹

¹⁶ См. постановление Президиума ВАС РФ от 18.05.2010 № 1404/10.

¹⁷ См., напр.: постановление Президиума ВАС РФ от 02.03.2010 № 7171/09. В этом постановлении Президиум ВАС РФ, на наш взгляд, справедливо ограничил право банка включать в договоры с клиентами — физическими лицами условия о праве банка на одностороннее изменение процентной ставки. Хотя Суд пошел де-факто вопреки букве действовавшего тогда законодательства и привел не вполне четкую аргументацию, правовая позиция как таковая является верной. Приходится только удивляться тому, что законодатель до сих пор не принял специальный закон об особенностях потребительского кредитования по примеру многих цивилизованных стран.

¹⁸ См., напр.: постановление Президиума ВАС РФ от 23.06.2009 № 4561/08. В этом постановлении Президиум ВАС РФ, с нашей точки зрения, необоснованно ограничил право сторон договора автострахования устанавливать отказ в выплате страхового покрытия, в случае если автомобиль был украден вместе со всеми регистрационными документами. Наш анализ этого прецедента см.: Карапетов А.Г. Право на отказ от выплаты страхового возмещения с точки зрения принципа свободы договора // Вестник ВАС РФ. 2010. № 1. С. 118–126.

¹⁹ Выражаем признательность А.В. Егорову за ценные замечания, сделанные в отношении проекта настоящей статьи.