

Л. А. Кассо

Запродажа и задаток

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 340
ББК 67.0
Л11

Л11 **Л. А. Кассо**
Запродажа и задаток / Л. А. Кассо – М.: Книга по Требованию, 2021. – 50 с.

ISBN 978-5-458-64524-9

ISBN 978-5-458-64524-9

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2021

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2021

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первоизданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.

ЗАПРОДАЖА И ЗАДАТОКЪ

4

При заключеніи договора, стороны, убѣдившись въ взаимномъ согласіи, могутъ отъзвать можетъ окончательнаго общаго волеизъявленія, 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 имѣли въ виду постановили облечь его послѣдствіемъ въ другую форму (писанную или нотаріальную). Для которой понадобится повтореніе толковыхъ волеизъявленій. После первой сдѣлки контрагенты приобрѣли право, вытекающія изъ нея на общемъ основаніи, и кромѣ того еще право на заключеніе втораго договора.

Изъ этого послѣдняго явленія, какъ и изъ предыдущаго, нужно отличать разговоръ о разговорѣ, въ настоящемъ и будущемъ смыслѣ, *racum de contrahendo*, когда контрагенты въ первой сдѣлкѣ исключительно лишь объявились вступить въ опредѣленный договоръ и до этого момента каждый изъ нихъ имѣетъ только право отказаться отъ другаго заключенія втораго контракта (изъ нѣтъ перваго договора гонимся къ порожденію втораго, а къ тотъ моментъ, когда заключается этотъ послѣдній, первый перестаетъ существовать, такъ какъ

*) Настоящій очеркъ былъ напечатанъ въ „Журналъ Министерства Юстиціи“ 1901 г. № 5.

значение его исчерпано ¹⁾. Подобное видение вступить в договорную связь, называемое у германских юристов. *es* легкой руки Тала, *Vorvertrag* ²⁾, логически всегда возможно ³⁾. Контрагенты, имея *es* нину будущее правоотношение, могут внести некоторую постепенность в свое соглашение, а именно того, чтобы сразу создать обязательство и отнести его исполнение *es* будущее. они сначала друг другу общаются, *es* тились еще раз для обмена волеизъявлениями, и лишь эта вторичная встреча, к которой они обязались, порождает *es* на-меченное правоотношение.

Но деловой жизнью управляют не логика и по отла-ченным комбинациям, а насущные потребности и сознание ц-лесообразности. Договор о договорѣ встречается лишь там, гдѣ онъ представляет некоторую выгоду, или там, гдѣ онъ вызываетъ необходимость. Римляне знаютъ, обремененное въ *es* тигляньш ⁴⁾, общанинъ заключить каменный договоръ; тогда какъ при *es* *paetien de matuo dando* общается в будущее не *es* обмѣнъ голаго согласія, а совершение определеннаго дѣ-ствия, необходимнаго для возникновенія *es* взаимнаго договора, т. е. уплаты ссуды заемодателю ⁵⁾.

Передъ куплей-продажей римляне такой потребности не предварительной связи не ощущали ⁶⁾; обмѣнъ волеизъяв-лений сразу создавалъ окончательный договоръ, *es* который

¹⁾ Ср. Мугет, *Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduction im Archiv für civilistische Praxis* LXXXVIII, стр. 78; *Regel lehrer der in Endemanns Handbuch II*, стр. 484.

²⁾ Thöl, *Handelsrecht*, § 62.

³⁾ Диккенсоль *im Archiv für civilistische Praxis* LXXI стр. 71. Бра-томъ этого понятия является въ позднѣйшее время Schlossmann (*Thering's Jahrbücher* 1903 T. 45. *Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der vorbereiteten Realcontrahen*), сравнивавший *Vorvertrag* съ морскимъ *шлангъ*, о которомъ всѣ говорили, но котораго никто не видалъ.

⁴⁾ Ср. Regel lehrer, *Civilrechtliche Forderungen*, стр. 129.

⁵⁾ Kuchl, *Nacht der Forderungen II* § 70.

⁶⁾ См. Schlossmann, *Der Kauf* стр. 276, а относительно *позднѣйшаго* времени Holzschuber, *Theorie und Casuistik des gemeinen Rechts*, II. 2 стр. 314.

могли быть внесены всякого рода оговорки, отсрочивающія дѣйствіе сдѣлки; и даже когда продавец выговаривалъ себѣ право обратной покупки, договоръ получалъ характеръ не *pascaim de venditio*, а непосредственной, хотя и условной, *emptio-renditio* ¹⁾.

Между тѣмъ въ нѣкоторыхъ законодательствахъ западной Европы устанавливались особые 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 купчая-продажа известнаго содержания будетъ ими заключена въ предписанной закономъ обстановкѣ ²⁾.

Формальность акта служила 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 въслѣдствіи формальный договоръ, предварительное соглашеніе ими выполняется, и остается въ лицо только окончательная сдѣлка.

Подобная обремененность какъ будто нѣсколько затемняется, когда послѣ заключенія перваго договора одинъ изъ контрагентовъ отказывается или исполненію, т. е. обнаруживаетъ нежеланіе участвовать въ заключеніи втораго договора. Противная сторона въ такомъ случаѣ имѣетъ во нѣкоторыхъ современныхъ законодательствахъ не только право или убытковъ, но кромѣ того право требовать заключенія втораго договора; и въ случаѣ дальнѣйшаго упорства отбѣтчика судебное рѣшеніе возмѣщаетъ его отсутствующее возмѣтительство, такъ что второй договоръ гчитается какъ бы заключеннымъ, хотя на самомъ дѣлѣ онъ не состоялся. Такое положеніе,

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

²⁾ В е с h n n n. Der Kauf, II стр. 292.

выставляемое законом ¹⁾ или практикой ²⁾, придает къ названному случаю обѣщанію договорившихся значеніе окончательнаго договора. Первая сдѣлка, и за ней судебное рѣшеніе, порождаютъ именно тѣ послѣдствія, которыя должны были вытекать изъ втораго, вполнѣ совершеннаго, акта. Приходится признавать, что такое неизбежное 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 притягательнаго значенія.

Особенное мѣсто въ разсматриваемомъ вопросѣ занимаетъ французское право. Тамъ и до Кодекса не существовало особой формы для продажи недвижимаго имущества, такъ что различіе различіи между запродажей и продажей быть не могло, и практика расположилась была выводить одинаковыя послѣдствія изъ обѣихъ сдѣлокъ ³⁾. Но, если такія образцы понятія *obligation* и взаимнаго обѣщанія заключить куплю-продажу оказалось мало жизнеспособны, то наоборотъ *obligation* договоръ объ этой же сдѣлкѣ, *promesse de vendre* или *promesse de acheter*, остался себѣ примѣненъ. Подробное изложеніе этого ученія можно найти у Потье ⁴⁾. Здѣсь къ предварительной сдѣлкѣ одинъ изъ контрагентовъ обязуется заключить въ будущемъ договоръ, а другой, получая это обѣщаніе, можетъ воспользоваться приобретеннымъ правомъ, но можетъ и не осуществить его. Происходитъ нѣчто подобное тому, что было отмѣчено выше по поводу *promesse de vendre* даннаго съ той лишь разницею, что тамъ

¹⁾ Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства *Pr.O.* ст. 304: „Если должникъ обязанъ къ извѣстному волеизъявленію, то послѣднее считается совершеннымъ, какъ только судебное рѣшеніе поступаетъ въ законную силу“ Ср. по этому поводу Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprocesses*, стр. 327.

²⁾ См. рѣшеніе верховнаго австрійскаго суда отъ 24-го марта 1866. *L. n. g. r. v. l. n. g. r. Sammlung der Entscheidungen*, томъ 25 № 1210.

³⁾ Beruinge, *Droit coutumier français. Les contrats*, стр. 179 сл.

⁴⁾ Traité de la vente. Partie VI, chapitre I article 1 Affédilion Dupin II.

одностороннее правоотношение является «*acte-unique*» односторонним договором; наоборот, при общении продажи на снгу односторонняго договора приходится двусторонняя купля-продажа. Лица, которому общана проажа заявляя послѣдствіи о своемъ намереніи осуществить принадлежащее ему право требовать заключенія этой сдѣлки, выражаетъ опредѣленную волю, на которую другой контрагентъ заранее общать согласиться; достиженіе такого общаго соглашения между продавцомъ и покупщикомъ означаетъ, что *promesse de vente* превратилась въ окончательную *vente*.

Это ученіе отъ Потье перешло безъ большихъ сопротивленій ¹⁾ въ Кодексъ Наполеона. и ст. 1589 ²⁾ является тамъ какъ часть единственной опорой для изложенія построения: обоюдное общаніе купли и продажи равняется самому договору, а понятіе о раснѣ *de consensu* связывается лишь съ *обязательными* договоромъ будущаго покупателя или продавца; какъ только противная сторона соглашается принять на себя обязанности, связанныя съ той или другой ролью, договоръ купли-продажи считается заключеннымъ со всеми своими обязательственными и вещными послѣдствіями ³⁾. Другаго типа предварительной сдѣлки въ видѣ двусторонняго договора о купль-продажѣ французская практика не знаетъ, и такое же направленіе можно отнѣсти въ иностраннымъ государствахъ, руководствующимся Кодексъ Наполеона ⁴⁾.

¹⁾ Ср. оцѣнку заочнаго Лорского апелляціоннаго суда у Сенавиіге. *Analise des observations des avoués d'appel et du tribunal de cassation* (Paris, An XI, стр. 229).

²⁾ «Общаніе продать равносильно самоі проажѣ, если состоялось взаимное общаніе сторонъ согласеніе относительно предмета и цѣны».

³⁾ См. Guill. nard. *Traité de la vente* (1890, глава II, стр. 101); ср. нѣкоторыя ограниченія также Magerat. *Explication du code civil* VI стр. 173. Этотъ смыслъ ст. 158 Кодекса разъяснено въ *Journal de droit* 1881, стр. 131 и сноровано усилено въ нѣду *Землеустроит.* Журналъ Министерства Юстиціи 1894, № 1, стр. 170.

⁴⁾ См., напр., рѣшеніе французскаго суда 1881 г. (въ *Revue critique des tribunaux* — *Chambre de* VI, стр. 201).

I

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

¹⁾ 1083—1087 книги ст. 1679—1680, томъ X. ч. 1).

²⁾ „Договоръ запродажи одна сторона обязывается продать другой въ назначенномъ времени недвижимое имущество“.

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

тѣмъ, впрочемъ, необходимо было получить какую-нибудь гарантію въ томъ, что отчуждательный договоръ будетъ впоследствии заключенъ. Было такимъ образомъ, что особенность договора продажи способствовала въ нашемъ Сводѣ два момента: односторонній его характеръ и еще тѣ специфическія особенности порядка свершенія купчей, которые не давали ей сливаться съ предварительнымъ договоромъ, подчиненнымъ другимъ формальнымъ требованиямъ ¹⁾.

Нѣсколько иное положеніе отведено продажѣ движимаго имущества, о которой также упоминаетъ Сводъ 1832 г. Въ предыдущихъ законодѣніяхъ нѣтъ слѣдовъ предварительнаго договора о заключеніи купли-продажи движимости. Понятельна однако ссылка статьи 1087 (нынѣ 1690) на банкротскій уставъ 1800 г. ²⁾, 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, промѣнили слово „запродажа“ на окончательному отчуждательному договору, отличающемуся отъ обыкновенной продажи тѣмъ, что послѣдствія его рассчитаны на извѣстный промежутокъ времени. Подобное предположеніе еще подтверждается примѣчаніемъ въ ст. 1087 ³⁾, которое почти буквально заимствовано въ проекта гражданскаго Уложенія 1814 г., съ той лишь разницей, что Сводъ употребляетъ терминъ „запродажа“ тамъ, гдѣ статья 152 Уложенія говоритъ о куплѣ и продажѣ ⁴⁾. Непосредственно передъ этими статьями 60 и 61 опредѣляютъ

¹⁾ Ст. 1085: „Запродажная купля приравнивается къ законнымъ куплямъ и въ правосудіи тѣлится“.

²⁾ П. С. З. 18092.

³⁾ „Договоры на продажу по торговлѣ составляются и исполняются у купцовъ особыми порядкомъ, въ соизъ торговыхъ законовъ описаннымъ“.

⁴⁾ Архивъ Государственнаго Свѣта, т. IV, ч. I, ст. 62. „Въ торговыхъ дѣлахъ между купцами при куплѣ и продажѣ товаровъ вѣдѣются по коммерческому уставу“.

сначала такой договоръ, гдѣ исполненіе совпадаетъ съ заключеніемъ. Ст. 60 говорить: „купля-продажа движимыхъ вещей совершается посредствомъ отдачи“. Далѣе ст. 61 продолжаетъ: „Впрочемъ покупка движимыхъ вещей можетъ быть совершена 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 показаніе состоявшейся купли нужнымъ является письменный актъ, и которомъ также упоминается ст. 1087 Свода 1832 г. ¹⁾.

Стремленіе нашихъ кодификаторовъ различать эти два вида купли-продажи еще не исчезло и донынѣ: въ новѣйшемъ изъ нашихъ законодательныхъ проектовъ, въ книгѣ V готовящагося гражданскаго Уложенія, статья 186 характеризуетъ куплю-продажу слѣдующими словами: „По договору продажи продавецъ передаетъ или обязуется передать... имущество“.. Легальное раздвоеніе исполнѣ лишне, такъ какъ въ томъ и другомъ случаѣ юридическій характеръ обязательственной связи совершенна одинаковъ, и моментъ исполненія на немъ не отражается ²⁾. Но для разбираемаго вопроса достаточно отмѣтить, что именно признаваемая здѣсь двойственность купли-продажи не могла не отразиться на понятіи о запродажѣ въ Чводѣ, когда послѣдняя касается недвижимаго имущества. Вѣроятно 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, которымъ имѣетъ въ виду ст. 948 (нынѣ 1510) I ч. X тома. Но изъ чѣмъ должно состоять создаваемое запродажею обяза-

¹⁾ Значеніе его здѣсь не совсѣмъ понято Зинеромъ въ Журн. Гражд. и угод. права. 1885, № 7, стр. 114.

²⁾ См. срочнымъ замѣчаніемъ Ишбаеваго. Мюнх. архив. III, стр. 135.

тельства? Въ заключеніи ли новаго и помѣстительнаго договора, какъ это было выня отиѣчено по поводу недвижимаго имущества? Или просто въ уплатѣ денегъ и доставленіи предметовъ, упомянутыхъ въ запродажѣ? Второе построение какъ будто ближе къ духу нашего Свода ¹⁾ но вопросъ о значеніи запродажи движимости остается тѣмъ не менѣе открытымъ, и практика съ нѣмъ еще не справилась.

Наоборотъ, запродажа недвижимаго имущества, благодаря специфическому характеру сѣдующаго за нею крѣпостнаго акта, получила съ самаго начала и сохранила безъ всякихъ перемѣнъ изъ Свода 1842 г. вполне ясный видъ съ отѣльными значеніемъ. Она здѣсь создаетъ обязательство заключить отчуждательный договоръ, а такое обязательство считается исполненнымъ когда контрагенты укрѣстныхъ 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 записъ тѣ условія, которыя они считаютъ целесообразными, и законъ, между прочимъ, упоминаетъ о возможности обезпеченія путемъ залога. 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, изъ случая неисполненія созданнаго запродажею обязательства, неспоминаніе о санкціи въ самомъ договорѣ лишаетъ сѣбѣ пошудительнаго характера. Къ запродажѣ принѣвался общій принципъ объ обязательности договоровъ, выраженный въ ст. 974 (по изд. 1832 г. ²⁾), и практика признавала за лицомъ, приобрѣвшимъ прѣтяжаніе изъ запродажи, не только искъ объ убыткахъ въ случаѣ неисполненія но прѣ-

¹⁾ См. Сперинскій, въ объяснительной запискѣ по изложенію и исполненію Свода законовъ гражданскихъ, глава II о куплѣ (Арх. вѣст. прак. свѣдѣній II стр. 21). Ср. еще по поводу смысла ст. 1047 (1830). Пестржевичъ Б. Журналъ гр. и уголовнаго права 1874 г., № 1, стр. 85.

²⁾ Ст. 1246, по изд. 1842 г.

де всего и на первомъ планѣ право требовать совершения обѣщаннаго дано: отказъ отвѣтчика имѣлъ послѣдствіемъ выдачу судомъ данной, которая заимѣла для покупщика ключи крѣпость. Рѣшеніе Общіяго Собранія Сената отъ 1853 г. ¹⁾ свидѣтельствуетъ о постоянной практикѣ нынѣшнхъ судовъ именно изъ этого направленія ²⁾. и есть основаніе думать, что такой взглядъ установился у насъ еще и до (пода закономъ ³⁾ Распоряженіе суда заимѣло обѣщавшееся воленъ-жаленіе запродавца, и пѣніе считалось какъ бы проданнымъ съ публичныхъ торговъ. Изъ подобнаго образа дѣйствія тогда еще не усматривалось нарушеніе свободы контрагента. Воля, выраженная послѣднимъ изъ 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 кунчей, совершенію которой препятствовало уклончивое поведеніе запродавца ⁴⁾. Такой порядокъ казался настолько правильнымъ, что изъ 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 принудительную силу предварительнаго договора; в Второе Отдѣленіе Собственной Его

¹⁾ Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената, составленный по Высочайшему повелѣнію. т. II, рѣшеніи Общаго Собранія Четвертого, Пятаго и Младшаго Департаментовъ № 713.

²⁾ Въ вышеизложенномъ рѣшеніи № 713 встрѣчается ссылка на мнѣніе Государственнаго Совѣта №30 с въ такомъ же смыслѣ. См. кромѣ того Архивъ Государственнаго Совѣта III ч 2 стр 384, В. у. ч. I февр. 1809 г.

³⁾ См. однако первые статьи противозакононаго взгляда въ Сборникѣ т. I Рѣшенія Общаго Собранія первымъ права Департаментовъ и Департамента Герольдіи № 442 (рѣшеніе 1853 г.)

⁴⁾ „... Если бы зависѣло отъ продавца каждый исполнить запродажу или не исполнить, то договоръ испорченъ бы не былъ бы для лица, обязанаго исполнить оный, никакой обязательный силы и исковой не обеспечивалъ бы лицо, шунимавшее обязанности и сдѣлывавшее протворчальныя бы основанія правилимъ о договорахъ вообще“ (Сборникъ II № 713).