

І. Й. Пучковська, кандидат юридичних наук,
доцент Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого

Про використання завдатку як відступного

Аналіз видів забезпечення виконання зобов'язань викликає немало проблем, і перш за все в зв'язку з неоднорідністю та складною юридичною природою забезпечень. Одним із невіршених досі в теорії цивільного права є питання щодо визначення долі зобов'язання, забезпеченого завдатком у зв'язку із його втратою стороною, яка є винною в порушенні зобов'язання, оскільки завдаток визнається ще й мірою цивільно-правової відповідальності. Тому метою даної статті є з'ясування питання щодо можливості застосування завдатку як відступного і визначення наслідків такого застосування для вирішення долі забезпеченого зобов'язання.

Складність у вирішенні цього питання полягає в тому, що завдаток, відомий ще римському праву, у дореволюційному законодавстві не розглядався як самостійний забезпечувальний засіб. Так, у вітчизняному цивільному законодавстві, що діяло до 1917 р., не існувало загальних положень про завдаток як засіб забезпечення виконання зобов'язання, а діяли лише окремі норми, що регламентували використання завдатку в окремих договірних зобов'язаннях: продажу, казенних підрядах і поставках, продажу з торгів. У той же час у цивільному обігу зазначалося досить широке застосування завдатку для забезпечення найрізноманітніших зобов'язань¹.

¹ Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. I: Общие положения. – 3-е изд., стереотип. – М.: Статут. – 2001. – С. 599.

Враховуючи активне застосування завдатку на практиці при підготовці проекту Цивільного Уложения (далі — ЦУ), загальні положення про завдаток були розміщені поряд з правилами про відступне й неустойку. У статті 1593 завдаток визначався як грошова сума, видана за договором однією зі сторін другій стороні як доказ його укладення і в забезпечення виконання. Учасники підготовки проекту ЦУ, враховуючи визначення завдатку як одного зі способів забезпечення виконання зобов'язання, надали завдатку значення штрафу, що стягується з винної сторони¹. Г. Ф. Шершеневич, досліджуючи регулювання дореволюційним законодавством завдатку, зазначає, що питання про звільнення особи, яка передала завдаток і втратила його від зобов'язання, залишається відкритим, тобто чи припиняється зобов'язання боржника із втратою завдатку. Учений наводить свої міркування щодо можливого вирішення цього питання: він розглядає зобов'язання за договором найму, вважаючи, якщо наймач уклав договір найму квартири на рік і передав її хазяїну завдаток, а потім знайшов сприятливіший для себе варіант, то на розсуд хазяїна залежить, задовольнитися отриманим завдатком чи наполягати на виконанні зобов'язання. Дослідник підкреслює, що приєднанням завдатку до зобов'язального правовідношення останнє не змінюється, а лише ускладнюється, а значить, право особи, яка отримала завдаток, не зменшується, а збільшується внаслідок забезпечення зобов'язання. Хазяїн квартири, задовольнившись завдатком, може вважати зобов'язання розірваним і віддати її іншому наймачеві, а якщо квартира залишиться пустою, – наполягати на сплаті орендної плати за весь обумовлений строк, зарахувавши при цьому отриманий завдаток. Оскільки законодавство відповіді на це питання не дає, то з урахуванням застосування завдатку на практиці Г. Ф. Шершеневич зазначав, що в «житті практикується перший варіант, і той, хто отримав завдаток, вважає себе задоволеним залишеною в його руках сумою»². Норми ЦУ щодо завдатку без суттєвих змін були перенесені в ЦК 1922 р., 1963 р. та 2003 р., а

¹ Гражданское Уложение: Проект – Т. II. – СПб.: Изд. кн. магаз. «Законоведение», 1910. – С. 197–198.

² Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – С. 381.

питання стосовно долі зобов'язання в разі втрати завдатку або повернення його в подвійному розмірі так і залишилося відкритим.

Пояснює такий стан речей, на нашу думку те, що за радянських часів на практиці відбулося різке скорочення застосування даного виду забезпечення виконання зобов'язання. Постановою ВЦВК та РНК СРСР від 30 січня 1930 р. «Про кредитну реформу» використання завдатків та авансів у відносинах між соціалістичними організаціями було заборонено. Завдаток не міг видаватися соціалістичними організаціями і тоді, коли як виняток їм було дозволено надавати аванс. Як пояснює О. С. Йоффе, така заборона пов'язана з тим, що завдаток здатен не лише забезпечувати зобов'язання, а й спонукати до відмови від його виконання ціною втрати вже внесеної грошової суми. А це протирічить неухильному слідуванню принципу реального виконання в галузі господарських зобов'язань¹. Практично не застосовувався цей спосіб забезпечення виконання зобов'язання і у відносинах між організаціями і громадянами. Лише ті соціалістичні організації, яким було дозволено брати участь у сфері зовнішньої торгівлі, іноді виплачували й отримували аванси й завдатки при здійсненні зовнішньоторгових операцій. Стаття 178 ЦК 1963 р. обмежила царину застосування завдатку лише зобов'язаннями між громадянами та за їх участю. Але й тут він не мав популярності: крім договорів найму дачних будинків та іноді купівлі житлових будинків громадяни до завдатку майже не зверталися. Така практика не могла не гальмувати розвиток цього інституту в теорії цивільного права.

Однозначної відповіді на питання щодо припинення зобов'язання втратою завдатку і сьогодні немає. На практиці прийнято вважати, що втрата завдатку співпадає з припиненням зобов'язання, але закон не дає підстав для такого висновку. Має рацію В. А. Хохлов, коли вказує, що завдаток у його значенні способу забезпечення виконання зобов'язань, навпаки, саме не застосовується, якщо припиняється основне правовідношення². Згідно з ч. 3 ст. 571 ЦК у разі припинення зобов'язання до почат-

¹ Див.: Йоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – Т. III: СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – Т. III: Обязательственное право. – С. 214.

² Див.: Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательств: Учеб. пособие. – Самара: Самарск. гос. экон. акад., 1997. – С. 86.

ку його виконання або внаслідок неможливості його виконання завдаток підлягає поверненню. Зрозуміло, що він тому й повертається, що немає самого забезпеченого правовідношення (нічого забезпечувати), а відсутність економічних наслідків і просте повернення пояснюється тим, що ця сума перестала виконувати функції завдатку. На сторінках правової літератури — дореволюційної й радянських часів — практично безроздільно панувала точка зору, відповідно до якої завдаток може перетворюватися на відступне (використовуватися як відступне). Підставою для такого твердження стала встановлена законодавством можливість домовленістю сторін обмежити відповідальність за невиконання зобов'язання сумою завдатку. Вважалося, що, сплативши завдаток, від зобов'язання можна було відступитися. М. Пляніоль взагалі головне призначення завдатку бачив у можливості відступитися від договору. Він писав: «Завдаток тепер уже не відповідає його первісному призначенню. Створений з метою забезпечення договору... завдаток тепер перетворився на засіб, що спрощує відступне». Проводячи розмежування між авансом і завдатком, учений наголошував, що передані при авансі гроші зараховуються в суму, що належить сплаті, і зменшують борг покупця, але не надають ні йому, ні продавцеві поєднаного із завдатком права відступитися від договору¹. Про можливість сторін домовитися, щоб відповідальність особи, яка відступає від договору, вичерпувалася розміром, що дорівнює сумі завдатку, було відомо ще римським юристам. Завдаток, що відіграє роль відступного, римляни називали *agta roenientialis*.

Констатуючи, що завдаток не усуває права стягнути причинені невиконанням зобов'язання збитки в тій їх частині, у якій вони не покриваються сумою завдатку, О. С. Йоффе зазначає, що домовленістю сторін може бути встановлене інше. Зокрема, що вони вправі домовитися про обмеження відповідальності сумою завдатку без права на додаткову компенсацію невідшкодованих цією сумою збитків. Такий завдаток, підкреслює вчений, прийнято називати відступним, оскільки він становить собою ціну, сплативши яку, від зобов'язання можна відступитися. При цьому О. С. Йоффе

¹ Див.: Пляніоль М. Курс французского гражданского права. – СПб.: Изд. тип. С. Панского, 1911. – Ч. II: Договоры. – С. 519.

наголошує, що перетворення завдатку на відступне послабляє його забезпечувальну дію, вводячи відповідальність несправного контрагента в порівняно вузькі межі, що не завжди досягають розміру фактичних збитків. Він підкреслює, що й саме прагнення сторін наперед такі межі визначити свідчить, що вони не впевнені в бажаності встановленого зобов'язання¹.

Коментуючи ч. 2 ст. 571 ЦК, відповідно до якої сторона, винна в порушенні зобов'язання, має відшкодувати другій збитки в сумі, на яку вони перевищують розмір (вартість) завдатку, якщо інше не встановлено договором, Н. С. Кузнецова наголошує, що у сторін таким чином є право передбачити в договорі втрату завдатку (повернення його подвійної суми) переданням відступного, яке припиняє зобов'язання (ст. 600)². На нашу ж думку, сторони в договорі під «іншим» можуть установити не лише припинення зобов'язання сплатою завдатку як відступного, що обмежує обсяг відповідальності винної в порушенні зобов'язання сторони сумою завдатку, а й збільшення відповідальності. Так, сторони в договорі можуть передбачити відшкодування збитків без урахування розміру (вартості) завдатку, тобто втрату завдатку винною стороною й відшкодування нею збитків у повному обсязі, що, до речі, відповідає суті штрафної неустойки (ст. 624 ЦК), запровадженій законодавцем як основний вид при співвідношенні її зі збитками. Від домовленості сторін за договором залежить також можливість встановлення відповідальності сторони, яка отримала завдаток, у розмірі сплати подвійної суми завдатку й відшкодування збитків у частині, що перевищує однократну суму завдатку, та ін. Законодавець завдяки введенню диспозитивного механізму стягнення неустойки і сплати завдатку надав сторонам правовідношення право змінювати розмір договірної відповідальності у бік як її збільшення (ч.3 ст. 571 ЦК), так і зменшення (ст. 624 ЦК).

Розглядаючи питання щодо можливості припинення зобов'язання завдатком, слід підкреслити, що його втрата, як і сплата неустойки, виступають формами (мірами) цивільно-правової договірної відповідальності й встановлюються сторонами договір-

¹ Див.: *Йоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. – С. 213.

² Цивільний кодекс України: Наук. -практ. коментар / За ред. розроб. проєкт. ЦКУ. – К.: Істина, 2004. – С. 408–409.

них відносин з метою забезпечення виконання зобов'язання шляхом стимулювання боржника до його належного виконання. Якщо ж це не дало бажаного ефекту і боржник порушив зобов'язання, він втрачає завдаток або сплачує неустойку, що є додатковим обтяженням до його основного зобов'язання, яке має бути виконаним, бо в силу забезпечення обов'язки боржника не зменшуються, а збільшуються. Таким чином, законом не встановлено інше, втрата завдатку особою, яка його видала, або сплата подвійної суми завдатку особою, яка його отримала, вважаємо, не припиняють зобов'язання, забезпеченого завдатком, а значить, і не звільняють указаних осіб від необхідності його виконання.

Як справедливо зазначає В. А. Хохлов, з точки зору сьогоденного законодавства завдаток навряд чи можна розглядати як відступне, при якому необхідна домовленість сторін щодо надання певного блага саме «взамін виконання», а безпосередньо відступне або домовленість про нього є підставою припинення зобов'язання. Дослідник підкреслює, що метою завдатку є частковий платіж, посвідчення факту досягнення домовленості й забезпечення зобов'язання, і тому основне зобов'язання після втрати завдатку (або його повернення і додаткової сплати суми в розмірі завдатку чи його вартості) «само по собі не припиняється; якщо ж і припиняється, то не в силу завдатку, а з інших причин»¹.

У той же час, як цілком переконливо, з нашого погляду, вважає О. А. Загорулько з посиланням на В. В. Вітряньського й М. І. Брагинського, немає жодних перешкод для використання завдатку як відступного (ст. 600 ЦК). Для цього необхідно, щоб сторони своєю домовленістю (у тому числі й у тексті договору, який забезпечується завдатком) установили, що їх зобов'язання може бути припинено наданням відступного замість його виконання і що таким буде грошова сума (або рухоме майно), що внесено як завдаток, або передача контрагенту грошової суми (рухомого майна), що становить подвійну суму завдатку, якщо відступає від договору сторона, яка отримала завдаток. У такому випадку контрагент сторони, яка використала своє право відступитися, не матиме права вимагати відшкодування збитків, бо з передачею відступ-

¹ *Хохлов В. А.* Обеспечение исполнения обязательств: Учеб. пособ. – С. 85.

ного зобов'язання припиняється¹. Згідно зі ст. 600 ЦК зобов'язання за згодою сторін припиняється внаслідок передання боржником кредитором відступного. Формою останнього можуть бути не тільки гроші чи інше майно, а й здійснення боржником на користь кредитора певних робіт чи надання йому якихось послуг. Згода на припинення зобов'язання переданням відступного може бути передбачена сторонами заздалегідь (при укладенні ними договору) або досягнута у процесі виконання зобов'язання, якщо вони дійдуть єдності про недоречність його виконання. Згода сторін на припинення правового зв'язку між ними в такий спосіб знаходить втілення в договорі, що укладається між ними. У ньому ж вирішуються й питання про форму відступного, розмір, строки й порядок його передання (здійснення).

Вважаємо, що має рацію Б. М. Гонгало, наголошуючи, що припинення зобов'язання наданням відступного може мати місце лише за домовленістю сторін. Щоб сума завдатку стала відступним, необхідно прийняти її саме як відступне стороною, стосовно якої зобов'язання не виконано². Але далі дослідник зазначає, що при прийнятті завдатку покупець виражає свою волю зарахувати його як відступне і робить висновок, що сутність припинення зобов'язання втратою завдатку наданням відступного полягає не в умові договору, що обмежує відповідальність, а у волі сторін використати чи не використати суму завдатку як відступне³. На нашу думку, слід чітко розмежувати наявність досягнення домовленості між сторонами зобов'язання щодо його припинення наданням відступного, яким може виступати завдаток як передані гроші або інше майно, і втрату завдатку боржником (а не його прийняття кредитором, яке вже відбулося раніше) як міру (форму) цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання. За ст. 571 ЦК втрата завдатку або його повернення і додаткова сплата суми в розмірі завдатку або його вартості є правовими наслідками порушення зобов'язання, забезпеченого завдатком.

¹ Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – С. 552.

² Див.: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М.: Статут, 2002. – С. 85.

³ Там само. – С. 87.

В зв'язку з чим, з нашого погляду, ст. 611 ЦК, яка перелічує правові наслідки порушення зобов'язання, слід доповнити таким наслідком, як втрата завдатку або його повернення і додаткова сплата суми в розмірі завдатку або його вартості. Надання ж відступного – одна з підстав припинення зобов'язання, яке може мати місце виключно за домовленістю сторін. Цивільно-правова ж відповідальність – це застосування до правопорушника у випадку вчинення ним протиправних дій або бездіяльності, передбачених договором чи законом, заходів державного примусу у виді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру (санкцій)¹.

В юридичній літературі завдаток прийнято відносити поряд з неустойкою до забезпечувальних мір, які одночасно є мірами цивільно-правової відповідальності². Забезпечувальний механізм завдатку зводиться до того, що сторона, яка відповідає за порушення зобов'язання, несе майнові втрати в розмірі суми завдатку. Останній у даному випадку дуже схожий на штраф, точніше на залікову неустойку, оскільки, втративши завдаток, порушник повинен відшкодувати іншій стороні збитки із зарахуванням суми завдатку.

Якщо завдаток застосовується як відступне, то у зв'язку з припиненням зобов'язання кредитор не має права на відшкодування збитків, а саме це й передбачено законодавцем у ч.3 ст. 571 ЦК. У цій нормі завдаток сформульовано як форму (міру) цивільно-правової відповідальності, застосування якої не припиняє, а обтяжує існуюче зобов'язання. Втрата завдатку і стягнення збитків поряд із виконанням зобов'язання в натурі відповідають призначенню цивільно-правової відповідальності. Сплата передбаченої договором неустойки також може бути за згодою сторін зарахована як відступне. Сторони можуть припинити зобов'язання переданням відступного незалежно від того, забезпечене воно завдатком чи ні. Відступним можуть бути гроші, речі, у тому

¹ Цивільне право України: Підручник: У 2 т. – Т. 1/ За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – С. 271.

² Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. I: Общие положения. – С. 484; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Т. 2. – С. 33; Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 1. – С. 662.

числі й передані як завдаток, що залежить виключно від волі сторін. Від їх домовленості залежить застосування завдатку як відступного, тобто припинення зобов'язання переданням завдатку, а не забезпечення його виконання. Саме сторонам договору належить право припинити зобов'язання чи вимагати примусового застосування щодо порушника мір відповідальності.

Таким чином, якщо сторони своєю домовленістю в договорі про завдаток, який повинен обов'язково укладатися в письмовій формі (ст. 547 ЦК), не передбачили можливості припинення зобов'язання на випадок його порушення відступним у формі переданого завдатку або не включили умову про це до основного договору, втрата завдатку припинити зобов'язання не може. Завдаток установлюється сторонами для посвідчення укладення усного договору й забезпечення його виконання, а не з метою припинення зобов'язання. Крім того, як зазначає В. А. Хохлов, кожен випадок надання відступного для кредитора неминуче означатиме програш або в сумі, або в часі, або в іншому інтересі (наприклад, тому що змінюється форма задоволення)¹, а якщо втрата завдатку за загальним правилом не припиняє зобов'язання, то навіщо кредиторів погоджуватися на зарахування завдатку як відступного? У зв'язку із зазначеним, на нашу думку, ч. 2 ст. 571 ЦК необхідно доповнити положенням, відповідно до якого втрата завдатку чи його повернення в подвійному розмірі й відшкодування збитків не звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором. При такому формулюванні у правовому механізмі завдатку чітко виділяється стимулююча функція цивільно-правової відповідальності, що дозволяє застосовувати його для забезпечення виконання зобов'язань, і одночасно сторонам надається можливість зменшити розмір відповідальності, перетворивши завдаток на відступне, чим припинити зобов'язання.

¹ Див.: Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательств: Учеб. пособие. – С. 87.

В. А. Сьоміна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Забезпечення позову в адміністративному судочинстві

Аналіз питань щодо інституту забезпечення позову здійснювався дотепер лише у межах цивільного та господарського процесів. Однак прийняття Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАС України)¹, закріплення можливості вжити заходів по забезпеченню адміністративного позову вимагають дослідити цей процесуальний інститут у межах адміністративного судочинства.

Дослідженням питань щодо позову взагалі й інституту забезпечення позову зокрема займалися такі вчені, як М. О. Гурвич, І. А. Жеруоліс, Н. О. Чечіна² та ін.

Під забезпеченням позову цивілісти розуміють вжиття суддею чи судом певних заходів, передбачених законом, які гарантують реальне виконання майбутнього рішення³. Річ у тому, що навіть позитивне вирішення справи не завжди є гарантією того, що по-

¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 6. 07. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.

² Див.: Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды): Учеб. пособие. – М.: ВЮЗИ, 1981. – 39 с.; Жеруоліс І. А. Сущность советского гражданского процесса. – Вильнюс; Минск, 1969. – 203 с.; Чечіна Н. А. Гражданские процессуальные отношения. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1962. – 67 с.

³ Цивільно-процесуальне право України: Підручник / За ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 1999. – С. 229.