

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.

зивач отримує реальне виконання своїх вимог. Свідченням тому є те (зазначила у своєму виступі на конференції, присвяченій актуальним проблемам застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України, перший заступник голови апеляційного суду Харківської області А. І. Колтунова), що за статистичними даними по Харківській області виконується лише 1/3 винесених рішень. Таке становище справ породжує сумніви в ефективності правових засобів захисту. Для створення реальної можливості у майбутньому виконати рішення суду і застосовуються певні забезпечувальні заходи.

Не змінюється зміст цього інституту і в межах адміністративного судочинства. Однак виникають певні проблемні питання щодо застосування низки забезпечувальних заходів в адміністративному судочинстві.

Відповідно до п.1 ст. 117 КАС України за клопотанням позивача або з власної ініціативи суд може постановити ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову, якщо існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухваленого рішення в адміністративній справі або захист цих прав, свобод та інтересів стане неможливим без вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також, якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень.

Враховуючи таку конструкцію, на практиці може виникнути питання, чи може суд відмовити у застосуванні заходів забезпечення адміністративного позову при наявності перелічених підстав. Відповідь на це питання має дати Вищий адміністративний суд України шляхом роз'яснення цієї норми. Як здається, слушною є позиція деяких російських правників, що така відмова неприпустима, оскільки незастосування забезпечувальних заходів за наявності відповідних підстав суперечить завданням адміністративного судочинства (ст. 2 КАС України) — особа залишається незахищеною, оскільки ускладнюється або робиться взагалі неможливим виконання рішення, порушується право на справедливий судовий розгляд; б) з точки зору інституту забезпечення позову позбавлено сенсу виписувати у нормі конкретні підстави

застосування таких заходів, при цьому припускати, що завдяки специфіці певної справи можуть існувати обставини, що виключають можливість застосування забезпечувальних заходів¹.

На відміну від положень Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК)², якими підставою для забезпечення позову є заява осіб, які беруть участь у справі (ч.1 ст. 151 ЦПК), КАС України право на ініціювання забезпечення адміністративного позову надає позивачеві і самому суду (ст. 117 КАС України). Тобто, наголошує А. І. Колтунова, право на свою ініціативу щодо забезпечення позову згідно з ЦПК суд не має, що повністю відповідає принципу диспозитивності цивільного судочинства³. Виникає запитання, чи не суперечить положення п. 1 ст. 117 КАС України принципу диспозитивності, який є одним з принципів адміністративного судочинства. На нашу думку, не суперечить, оскільки суд в адміністративному судочинстві — активний учасник, який врівноважує процесуальне положення сторін. Крім цього, здається, що правом на клопотання щодо забезпечення адміністративного позову слід наділити і треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору.

Досить виваженим є положення ч. 3 ст. 117 КАС України стосовно того, що подання адміністративного позову, а також відкриття провадження в адміністративній справі автоматично не зупиняють дію оскаржуваного рішення суб'єкта владних повноважень. У разі відсутності такого положення позивач міг би зловживати цим на свою користь.

Проте українське законодавство містить норми, в яких прямо передбачено автоматичне зупинення виконання певних рішень у

¹ Див.: *Абушенко Д. Б.* Обеспечительные меры в административном судопроизводстве: практика арбитражных судов. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — С. 49–52.

² Цивільний процесуальний кодекс України від 18. 03. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–42. — Ст. 492.

³ *Колтунова А. І.* Спільні питання забезпечення позову в цивільному процесі // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників міжнародної науково-практичної конференції (25–26 січня 2007 р.) / За заг. ред. проф. В. В. Комарова. — Х.: Нац. юрид. акад. України, 2007. — С. 139.

разі порушення судом провадження у справі щодо визнання їх недійсними. Так, відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р.¹ нарахування пені зупиняється на час розгляду чи перегляду господарським судом справи про визнання недійсним рішення органу Антимонопольного комітету України про накладення штрафу (п. 5 ст. 56). Цей же Закон містить положення, що порушення господарським судом провадження у справі щодо визнання певних рішень (перелік є вичерпним) Антимонопольного комітету недійсними зупиняє виконання зазначених рішень (п. 4 ст. 60).

Проте «автоматичне зупинення» (тобто зупинення виконання рішення) та забезпечення позову тотожними інститутами назвати не можна, оскільки зупинення виконання рішення суттєво відрізняється від інституту зупинення дії цього рішення та від заборони вчиняти певні дії.

Саме таку позицію займає і український законодавець, закріплюючи у п. 5 ст. 60 згаданого нами Закону «Про захист економічної конкуренції», що незалежно від положень ч. 4 ст. 60, у разі наявності достатніх підстав суд може зупинити дію рішення органу Антимонопольного комітету України.

Таким чином, автоматичне зупинення виконання рішення не виключає застосування забезпечувальних заходів. Перелік останніх у КАС України, на відміну від ЦПК (згідно з ЦПК, крім перелічених у ч.1 ст.152 заходів, судом у разі необхідності можуть застосовуватися й інші види забезпечення позову, при умові, щоб вони були співмірними із заявленими позивачем вимогами), є вичерпним, до них належать: а) зупинення дії рішення, що оскаржується, б) заборона вчиняти певні дії (п. п. 1, 4 ст.117 КАС України). Практика свідчить — у справах, які вирішуються сьогодні за правилами КАС України, застосовуються саме ці два забезпечувальних заходи. Вбачається, що вони в повному обсязі забезпечать реальне виконання судових рішень, якими вирішується спір по суті, оскільки така правова конструкція, як заборона вчиняти певні дії, є широкою за змістом і дозволяє вчиняти різноманітні за своїм характером дії.

¹ Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11. 01. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №12. – Ст. 64.

КАС України в ч. 5 ст.117 передбачає виключний перелік рішень Національного банку України (щодо призначення та здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони проводити певні дії тимчасовому адміністратору, ліквідатору банку або Національному банку України при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку), відносно яких не допускається забезпечення позову шляхом зупинення дії цих рішень. Така позиція законодавця не викликає сумнівів, оскільки всі ці рішення спрямовані на зберігання грошових коштів та майна для подальшого їх законно обґрунтованого розподілу. Відсутність такого положення дозволило б зловживати інститутом забезпечення позову.

На відміну від ЦПК, до клопотання про забезпечення адміністративного позову не встановлено певного, чітко визначеного змісту.

З аналізу ст. 118 КАС України можна виокремити два порядки забезпечення адміністративного позову:

1) спрощений — коли у разі обґрунтованості та терміновості клопотання про забезпечення позову вирішується ухвалою негайно, без повідомлення відповідача та інших осіб, які беруть участь у справі (ч. 1 ст. 118);

2) звичайний — коли питання про забезпечення адміністративного позову, про заміну одного способу забезпечення іншим або про скасування заходів забезпечення позову вирішується в судовому засіданні з повідомленням осіб, які беруть участь у справі, наголошуючи при цьому, що неприбуття у судове засідання осіб, які були належним чином повідомлені, не перешкоджає розглядові цього питання (ч. 3 ст. 118). Клопотання про забезпечення адміністративного позову розглядається не пізніше наступного дня після його одержання (ч. 1 ст. 118).

КАС України встановлено, що ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову може постановити суд апеляційної інстанції, якщо розпочато апеляційне провадження (ч. 2 ст.117). Питання ж про те, на якій стадії провадження у суді першої інстанції допускається забезпечення адміністративного позову, залишається відкритим, оскільки КАС України чітко його не вирішує. Так, статті 117 та 118 КАС України містяться у гл. 2,

яка має назву «Підготовче провадження», що дає підстави дійти висновку, що саме на цій стадії допускається забезпечення позову. Крім цього є ст.133 КАС України «Вирішення судом клопотань осіб, які беруть участь у справі», яка включена законодавцем у главу «Судовий розгляд справи». Тому виникає питання, чи передбачає ст. 133 КАС України і клопотання про забезпечення позову. Аналіз статті свідчить, що тут мова йде про клопотання осіб, які беруть участь у справі й таке клопотання вирішується судом негайно, після того, як буде заслухана думка інших присутніх у судовому засіданні осіб — учасників справи. Ініціатором же клопотання про забезпечення адміністративного позову, як уже зазначено, є лише суд та позивач, а також встановлено інший порядок його розгляду.

Згідно з КАС України, якщо у задоволенні вимог позивача буде відмовлено, вжиті заходи забезпечення адміністративного позову зберігаються до набрання постановою суду законної сили. Але суд може одночасно з прийняттям постанови або після цього постановити ухвалу про скасування заходів забезпечення позову або заміну одного способу забезпечення іншим (ч. 4 ст.118). На жаль, КАС України, на відміну від ЦПК (ст.155), не вирішує питання щодо відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову, якщо судом будуть скасовані заходи забезпечення адміністративного позову, чи набере чинності рішення про відмову в задоволенні позову, чи буде прийнята ухвала про закриття провадження у справі. А це сприяє зловживанню цим інститутом на користь позивача. Так, прийняття забезпечувального заходу у вигляді припинення дії рішення податкового органу щодо сплати податків та відмова у подальшому в задоволенні позову може призвести до збитків у бюджеті.

Практично значущим етапом щодо застосування забезпечувальних заходів є виконання ухвали про забезпечення адміністративного позову. Відповідно до п. 5 ст. 118 виконання таких ухвал здійснюється негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень. Водночас деякі практики звертають увагу на те, що законодавство, яке регулює виконавче провадження, не передбачає порядок виконання ухвал про зупинення дії нормативно-правових актів. Річ у тому, наголошують вони, що нормативно-

правовий акт має не персоніфікований характер, розрахований на багаторазове застосування, а під його дію може підпадати значна кількість суб'єктів, які у випадку прийняття ухвали про зупинення дії такого нормативно-правового акта можуть і не здогадуватися про ту обставину, що дію такого акта зупинено, і продовжувати виконувати його приписи, а тому слід погодитися з їх позицією, що має бути закріплено особливий механізм виконання таких ухвал¹. Для вирішення цієї проблеми можна обрати шлях, яким пішла російська практика, хоча підтримана російською судовою практикою точка зору, в спеціальній юридичній літературі має як прибічників², так і опонентів³.

Так, згідно із Арбітражним процесуальним і Цивільним процесуальним кодексами Російської Федерації звернення до суду не зупиняє дію оскаржуваного нормативно-правового акта (ч. 3 ст. 193 АПК РФ та ч. 7 ст. 251 ЦПК РФ). Посилаючись на норму ч. 3 ст.193 Президія Вищого Арбітражного суду Російської Федерації у своєму інформаційному листі сформулювала правило, що у справах щодо оскарження нормативно-правових актів не може бути застосовано такий забезпечувальний захід, як зупинення дії оскаржуваного акта⁴. Здається, що з огляду на особливості нормативно-правового акта, на вагоме соціальне значення спорів щодо визнання їх недійсними, таку позицію можна визнати слушною.

Отже, викладене дає можливість зробити висновок, що інститут забезпечення адміністративного позову — це механізм який оперативно і ефективно сприяє виконанню завдань адміністративного судочинства, оскільки застосування забезпечувальних заходів дає реальну можливість здійснити судовий захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин шляхом практичного виконання прийнятих судом рішень.

¹ Див.: *Денисов, Пащенко О.* Проблемні питання виконання ухвал про забезпечення позову // *Юридичний радник.* – 2006. – № 5 (31). – С. 66–67.

² Див.: *Кузнецов С. А.* Обеспечительные меры в гражданском и административном судопроизводстве. – М: Волтерс Клувер, 2007. – С. 104.

³ Див.: *Абушенко Д. Б.* Обеспечительные меры в административном судопроизводстве: практика арбитражных судов. – С. 30–31.

⁴ Там само.