

ОДЕСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ

МАКАРЕНКО Ганна Володимирівна

УДК 347.447

ЗАВДАТОК ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

АВТОРЕФЕРАТ

дисертації на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Одеса – 2008

Дисертацією є рукопис

Робота виконана в Одеській національній юридичній академії
Міністерства освіти і науки України

Науковий керівник доктор юридичних наук, професор,
Заслужений діяч науки і техніки України
ХАРИТОНОВ Євген Олегович,
Одеська національна юридична академія,
завідувач кафедри цивільного права

Офіційні опоненти: доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України
ЛУЦЬ Володимир Васильович,
Академія муніципального управління,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

кандидат юридичних наук
ЖЕКОВ Володимир Іванович,
Одеський апеляційний господарський суд,
суддя

Захист відбудеться "___" жовтня 2008 р. о 10 годині на засіданні
спеціалізованої вченої ради Д 41.086.03 Одеської національної юридичної
академії за адресою: 65009, м. Одеса, Фонтанська дорога, 23.

З дисертацією можна ознайомитись у бібліотеці Одеської національної
юридичної академії за адресою: м. Одеса, вул. Піонерська, 2.

Автореферат розісланий "___" вересня 2008 р.

Вчений секретар
спеціалізованої вченої ради

П.П. Музиченко

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми пояснюється тим, що зобов'язання належать до числа основних правових засобів, що опосередковують торгівельний обіг ринкового суспільства.

Визначаючи зобов'язання як правовий зв'язок між суб'єктами права, внаслідок якого одна особа (боржник) повинна щось дати, зробити або надати іншій особі (кредитору) під загрозою застосування у випадку невиконання цього обов'язку засобів державного примусу, римські юристи вбачали суть їх «не в тому, щоб зробити якийсь предмет або сервітут нашим, але в тому, щоб зобов'язати іншого дати нам щось, або зробити, або надати (залишити, розв'язати)».

Таким чином, із самого визначення зобов'язань слідує, що їхньою метою є вчинення певних дій боржником. Однак можливі випадки, коли боржник не виконує свої обов'язки за договором або виконує їх неналежним чином. Це породжує проблему пошуку засобів, за допомогою яких можна було б захистити інтереси інших учасників даних відносин.

Виконання договірних зобов'язань часто супроводжується існуванням допоміжних (додаткових) зобов'язань, які мають на меті стимулювання боржника до точного і неухильного виконання зобов'язання, а також запобігання або зменшення негативних наслідків, що можуть настати у разі його порушення. Перед сторонами договору дуже часто стоїть усвідомлена необхідність певними правовими засобами забезпечити виконання договору.

Способи забезпечення виконання зобов'язань відображають приватний та державний інтерес щодо забезпечення стабільності цивільно-правових відносин та максимального забезпечення прав та законних інтересів кредиторів. Приватний інтерес відображає психологічну упевненість кредитора у тому, що зобов'язання буде виконане або його майнові інтереси не постраждають від порушення зобов'язання його боржником. Державний інтерес полягає у зменшенні обсягів втручання держави у приватні справи. Зокрема, через забезпеченість зобов'язання стимулюється боржник до їх виконання під загрозою негативних наслідків у випадку порушення. Чим менше держава втручається у приватні відносини, тим менші її витрати на здійснення правосуддя.

Функціонально способи забезпечення виконання зобов'язань спрямовані на стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання через настання негативних наслідків, що слідують із додаткового забезпечувального (акцесорного) зобов'язання. З іншого боку, за їх допомогою досягається забезпечення впевненості кредитора у досягненні мети зобов'язання,

заохочення його до вступу у зобов'язання, а в кінцевому підсумку стимулювання грошового обігу та комерції.

Завдаток, як і інші способи забезпечення виконання зобов'язань, відомий з часів римського права. Завдаток видавався кредиту в момент укладення договору. Завдаток в римському праві не був реальною гарантією укладення договору, як пізніше у так званому «греко-римському» праві, де продавець отримував право утримати завдаток у випадку односторонньої відмови контрагента від угоди, а покупець міг стягнути завдаток у подвійному розмірі. В римському праві завдаток розумівся як грошова сума або інша цінність, яка передавалась однією стороною іншій в момент укладення договору. І лише в ЦК України цивілістична думка досягла тієї свободи розуміння предмету завдатку, яку мали на увазі римські юристи.

Завдаток має певні специфічні риси, що відрізняють його від решти способів забезпечення виконання зобов'язань. Актуальність теми дослідження посилюється також тим, що недостатність правового регулювання завдатку (врегулювання на рівні ЦК України лише двома статтями – 570 та 571) приводить до спотвореного розуміння його суті, що виражається в неправильній юридичній структуризації відносин між правовими суб'єктами. Крім того, відсутність єдності позицій стосовно природи завдатку не сприяють полегшенню правозастосовчої практики.

Зазначеним зумовлена необхідність здійснення подальших наукових досліджень в цій галузі з метою вироблення якісно нових підходів до теоретичного висвітлення і практичного обґрунтування застосування такого способу забезпечення зобов'язань як завдаток та дослідження його місця в системі забезпечувальних засобів.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертаційного дослідження є складовою частиною комплексної науково-дослідної теми Одеської національної юридичної академії на 2001-2005 роки «Правові проблеми становлення та розвитку сучасної Української держави» (державний реєстраційний номер 0101U0001195) та теми «Традиції та новації у сучасній українській державності і правовому житті» на 2006-2010 роки (державний реєстраційний номер 0106U004970)

Мета і задачі дослідження. Метою наукового дослідження є теоретичне опрацювання цивільно-правових проблем застосування завдатку як способу забезпечення зобов'язань, аналіз відповідної практики та обґрунтування пропозицій, спрямованих на вдосконалення правового регулювання цього виду забезпечення виконання зобов'язань.

Для досягнення означеної мети вирішувалися наступні задачі:

дослідити та проаналізувати існуючі способи забезпечення зобов'язань, як ті, що законодавчо встановлені, так і ті що вироблені виключно договірною

практикою застосування;

дослідити шляхи формування завдатку та його становлення;

теоретично обґрунтувати особливості завдаткових правовідносин та визначити їхнє місце в системі цивільних правовідносин;

визначити поняття та функції завдатку;

визначити правовий статус сторін договору завдатку як способу забезпечення зобов'язань;

розкрити умови та порядок укладення договору завдатку як способу забезпечення зобов'язань, його правову сутність та мету;

дослідити порядок укладення, зміни та припинення договору завдатку як способу забезпечення зобов'язань;

дослідити механізм дії завдатку та спеціальні випадки його застосування на практиці;

виробити пропозиції, спрямовані на вдосконалення чинного законодавства у сфері забезпечення виконання зобов'язань та завдатку як одного зі способів.

Об'єктом дослідження виступають правові відносини, що виникають між сторонами – завдаткодавцем і завдаткоотримувачем – у разі забезпечення цивільно-правового зобов'язання завдатком.

Предметом дослідження є правові норми, що регулюють відносини у сфері застосування завдатку як способу забезпечення зобов'язань, а також практика їхнього застосування.

Методи дослідження. В процесі дослідження застосовувались системний, логічний, історичний, компаративістський та інші наукові методи дослідження.

Метод формально-логічного аналізу використовувався при дослідженні змісту норм, які регулюють відносини, забезпечені завдатком, та відносини, безпосередньо пов'язані укладенням та оформленням договору завдатку. Метод системно-структурного аналізу використовувався для з'ясування системи способів забезпечення виконання зобов'язань у цивільному праві України, місця в них завдаткових зобов'язань, їхньої структури, елементів тощо. Використання методу порівняльного аналізу дало змогу здійснити порівняння головних положень про забезпечення зобов'язань завдатком з суміжними відносинами та правовими інститутами, що так або інакше пов'язані з тематикою дисертаційного дослідження, а також провести огляд законодавчих рішень в зарубіжних законодавствах. Метод історичного аналізу застосовувався, головним чином, для встановлення чинників формування завдатку як способу забезпечення зобов'язань, визначення тенденцій та характеру його розвитку.

Розгляд окремих питань здійснювався від загального до окремого, що дало змогу на підставі дедуктивного методу зробити низку приватних

висновків. Були застосовані різні способи доктринального тлумачення цивільного та господарського законодавства: словесне, реальне, логічне та ін.

Сукупність вказаних методів була використана при аналізі джерельної бази дисертаційного дослідження. Ці ж методи застосовувалися при дослідженні стану вивчення проблематики дисертації у фаховій літературі, зокрема, праць вітчизняних і зарубіжних фахівців у галузі зобов'язального права.

Науково-теоретичною базою дослідження стали роботи в галузі цивільного права вітчизняних та зарубіжних вчених.

Сформульовані в дисертації теоретичні висновки спираються на загальні досягнення юридичної науки, в тому числі на результати досліджень таких вітчизняних та зарубіжних цивілістів, романистів як: С.С. Алексєєв, Т.В. Боднар, М.І. Брагинський, В.А. Васильєва, В.В. Витрянський, Б.М. Гонгалов, В.П. Грибанов, О.В. Дзера, А.С. Довгерт, В.С. Ем, О.С. Йоффе, І.В. Жиланкова, І.С. Канзафарова, В.М. Коссаков, О.О. Красавчиков, В.В. Луць, Р.А. Майданик, Н.С. Малєїн, Г.К. Матвєєв, Д.І. Мейєр, І.Б. Новицький, О.А. Підопригора, Й.О. Покровський, О.Н. Садіков, В.І. Сінайський, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Стефанчук, Є.О. Суханов, В.А. Тархов, С.Я. Фурса, Є.О. Харитонов, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишка, Г.Ф. Шершеневич та ін..

Проте, праці згаданих вище авторів стосувалися лише окремих аспектів проблеми, що є предметом цього дисертаційного дослідження, не охоплюючи усі її аспекти у цілому.

Емпіричною базою дослідження є чинне цивільне законодавство України та практика його застосування, а також законодавства деяких зарубіжних країн.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що вперше в українській юридичній літературі зроблено спробу комплексного дослідження завдатку як способу забезпечення належного виконання зобов'язань.

Наукова новизна дисертації конкретизується у таких головних результатах дослідження:

уперше:

пропонується закріпити визначення поняття сторін завдаткових правовідносин, позначивши їх як завдаткодавець (сторона, яка передає завдаток) та завдаткоотримувач (сторона, яка отримує завдаток);

із врахуванням нових підходів до визначення завдатку пропонується уточнення його визначення в цивільному законодавстві України. Зокрема, статтю 570 ч. 1 пропонується викласти у такій редакції: «Завдаток – це грошова сума або рухоме майно, що передається однією стороною зобов'язань (завдаткодавцем) іншій стороні (завдаткоотримувачу) у рахунок належних з неї майбутніх платежів, на підтвердження визнання свого обов'язку та на забезпечення його виконання.»

обґрунтовується позиція, згідно якій завдаток не виконує доказової функції, оскільки згідно частині 2 ст. 570 ЦК України сам факт існування завдатку має бути доведеним сторонами, а отже не може слугувати доказом;

пропонується включити у ЦК України норму, згідно якій завдаток втрачається або повертається в подвійному розмірі не тільки при невиконанні зобов'язання, але і при істотному його порушенні. Це можливо шляхом включення відповідної вказівки у ст. 571 ЦК України – доповнення її частиною четвертою такого змісту: «Правові наслідки, передбачені частинами 1-3 цієї статті поширюються на випадки істотного порушення зобов'язання»;

пропонується доповнити частину 1 ст. 571 ЦК України абзацом наступного змісту:

«У випадку, якщо завдатком забезпечувалося зобов'язання з попереднього договору, то при укладенні основного договору сума завдатку зараховується в рахунок платежів за основним договором, крім випадків, коли сторони в договорі прямо передбачили інше».

обґрунтовуються доповнення до § 5 глави 49 ЦК України, шляхом уточнення щодо форми вчинення правочину про завдаток, який передається у зв'язку з укладенням договору купівлі-продажу нерухомого майна.

додатково:

_____ висновок про доцільність більш детальної класифікації способів забезпечення зобов'язань. Зокрема, пропонується поділяти їх на три групи:

- 1) способи забезпечення виконання зобов'язань, що передбачені главою 49 ЦК України;
- 2) способи забезпечення виконання зобов'язань, що передбачені іншими нормами цивільного законодавства України;
- 3) інші способи забезпечення виконання зобов'язань, які передбачені договором;

_____ аргументи на користь висновку, що завдаток не може виступати в ролі відступного, а узгодження сторонами умови про відступне завдатку суперечать сутності та сенсу завдатку;

з метою наближення правової форми до економічної суті відповідних цивільних відносин пропонується внести доповнення до статті 546 ЦК України та викласти її у наступній редакції:

«Стаття 546. Види забезпечення виконання зобов'язання.

1. Виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком.

2. В залежності від виду обтяження, яке може полягати або в обтяженні майна (незалежно від приналежності його боржникові або третій особі), або обтяженні особи, не співпадаючої з боржником, способи забезпечення поділяються на речові та особисті.

3. Договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання».

Деякі із сформульованих у дисертації положень мають дискусійний характер і можуть бути матеріалом для подальших досліджень у цьому напрямку.

Практичне значення одержаних результатів дослідження полягає у тому, що викладений дисертантом матеріал, наведені висновки, пропозиції та рекомендації можуть бути використані:

у науково-дослідній сфері – сформульовані в роботі висновки, пропозиції та рекомендації можуть бути використані у подальших загальнотеоретичних дослідженнях завдатку як способу забезпечення зобов'язань;

у правозастосовчій сфері – сформульовані у дисертації положення щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства можуть стати основою для внесення змін в ЦК України та інші законодавчі акти;

у сфері практичної діяльності – матеріали дисертації можуть використовуватися для забезпечення єдності розуміння і правильного застосування норм, які регулюють завдаток як спосіб забезпечення зобов'язань;

у навчальному процесі – результати дослідження можуть бути використані при підготовці відповідних розділів підручників і навчальних посібників з цивільного права, при підготовці навчальних курсів та викладанні даної дисципліни.

Апробація результатів дисертації. Дисертацію підготовлено на кафедрі цивільного права Одеської національної юридичної академії, де проведено її обговорення.

Теоретичні висновки, сформульовані в дисертації, доповідалися та обговорювалися на: Міжнародній науково-практичній конференції «Треті Прибузькі юридичні читання» (листопада 2006 р., м. Миколаїв), 10-ій ювілейній звітній науковій конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу ОНЮА «Правове життя сучасної України» (квітень 2007 р., м. Одеса), Круглому столі «Підприємництво і море» (листопад 2007 р., м. Одеса), Звітній науковій конференції професорсько-викладацького складу і аспірантів Одеської національної юридичної академії «Правове життя сучасної України» (квітень 2008 р., м. Одеса), II Всеукраїнській цивілістичній конференції студентів та аспірантів (березень 2007 року, м. Одеса).

Публікації. Основні теоретичні і практичні висновки, положення та пропозиції дисертаційного дослідження викладені у трьох наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, що входять до переліку наукових фахових видань, затверджених ВАК України та у трьох тезах доповідей.

Структура дисертації визначена у відповідності з завданнями, які поставали перед автором. Дисертація складається зі вступу, чотирьох розділів,

поділених на 8 підрозділів, висновків, списку використаних джерел та трьох додатків. Загальний обсяг дисертації складає **212 аркушів, в тому числі 18 аркушів списку використаних джерел, який охоплює 214 найменувань та 7 – додатки** із запропонованими примірними зразками договорів про задаток та попередній договір, що можуть бути використані в договірній нотаріальній практиці.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ

У **Вступі** обґрунтовується актуальність теми дисертаційного дослідження, її зв'язок з науковою тематикою Одеської національної юридичної академії, сформульовано мету і завдання дослідження, визначено об'єкт, предмет і використані методи дослідження, викладено наукову новизну і основні положення, що виносяться на захист, висвітлено практичне значення отриманих результатів, подані дані про апробацію результатів дослідження.

Розділ перший «Огляд літератури та вибір напрямків дослідження» присвячено вивченню та аналізу історіографії проблеми, встановленню ступеня дослідженості теми у вітчизняній та зарубіжній літературі.

Розглядаючи це питання, авторка виходить з того, що огляд літератури за темою дисертаційного дослідження, присвяченого дослідженню категорії завдатку, вимагає ознайомлення з літературою з цього питання що найменше за трьома напрямками: 1) дослідження генезису способів забезпечення виконання зобов'язань; 2) дослідження генези та чинників формування інституту завдатку; 3) дослідження умов застосування та механізму дії завдатку в сучасних умовах.

Оскільки походження завдатку пов'язується з римським приватним правом, у процесі дисертаційного дослідження, в першу чергу, враховано головні з праць на цю тему у галузі романістики, що створило достатньо серйозні передумови для аналізу позицій з цього приводу, а також необхідну джерельну базу для аргументації позиції авторки з того чи іншого питання.

В результаті проведеного дослідження зроблено висновок, що станом на цей час немає жодної вітчизняної монографічної праці або іншого дослідження, спеціально присвячених безпосередньо завдатку як способу забезпечення зобов'язань.

Саме відсутність в науці вітчизняного цивільного права спеціальної ґрунтовної праці, присвяченої цьому способу забезпечення виконання зобов'язань, а також неоднозначність визначення поняття, призначення й функцій, а також місця в системі інших способів забезпечення тягне необхідність ґрунтовного дослідження зазначених питань на монографічному рівні.

Розділ другий «Система засобів забезпечення виконання зобов'язань» складається з двох підрозділів.

У підрозділі 2.1. «Загальна характеристика способів забезпечення виконання зобов'язань» авторкою зроблено спробу узагальнити теоретичні наукові знання в сфері застосування способів забезпечення виконання зобов'язань та вивести загальну дефініцію способів забезпечення виконання зобов'язань. В процесі дослідження в цьому напрямку авторкою виявлено, що спроба вирішити існуючу в науці та на законодавчому рівні проблему щодо єдиного поняття способу забезпечення виконання зобов'язань ускладнюється недосконалістю прийнятого за основу критерію: способи забезпечення виконання зобов'язань неоднорідні і тому позбавлені об'єднуючих ознак.

Авторкою здійснено аналіз ознак, які властиві способам забезпечення зобов'язань та запропоноване власне визначення цих акцесорних (щодо основних – забезпечувальних) зобов'язань: спосіб забезпечення зобов'язань – це правовідношення, що виникло на підставі правової норми внаслідок порушення основного забезпечуваного зобов'язання його стороною, виконання якого, залежно від способу забезпечення, спрямоване на стимулювання боржника до належного виконання обов'язків та/або на захист інтересів кредитора.

У підрозділі 2.2. «Види способів забезпечення виконання зобов'язань» досліджуються існуючі класифікації способів забезпечення зобов'язань.

Пропонується провести чітку межу між видами, які забезпечують належне виконання договору, і забезпечувальними засобами взагалі, які дозволяють кредитору захистити свої інтереси, якщо договір виконується неналежним чином, або виникає загроза його невиконання. У першому випадку головна мета видів забезпечення виконання зобов'язання – примусити боржника саме виконати належним чином договірне зобов'язання. В другому випадку — контрагента цікавить перш за все захист своїх інтересів, які потерпають внаслідок неналежного виконання зобов'язання. Тобто, тут мова є про відмову від договору, як санкцію. Звичайно, що в цьому випадку дії кредитора також обумовлюють настання невігідних майнових наслідків для боржника, але настання цих наслідків пов'язано не з обов'язком боржника виконати договір, а з правом кредитора розірвати договірні відносини. Таким чином види забезпечення виконання зобов'язання є різновидом забезпечувальних засобів і співвідносяться як складове і ціле. Конкретний вид забезпечення виконання зобов'язання передбачається в договорі.

Види забезпечення виконання зобов'язань залежно від підстав класифікації можна поділити на наступні групи: 1) за джерелами встановлення; 2) залежно від кількості учасників забезпечувальних правовідносин; 3) за структурою забезпечення; 4) залежно від форми встановлення забезпечення; 5) за часом оформлення на такі, які сторони оформили.

Розділ третій «Поняття та цивільно-правова характеристика завдатку» присвячено дослідженню загальної характеристики завдатку.

У **підрозділі 3.1. «Формування інституту завдатку»** досліджується процес формування інституту завдатку з часів римського права.

Завдаток і сама назва його – *arrha* – близькосхідного походження (хоча й не можна напевне стверджувати, звідки саме він з'явився). Під завдатком – *arrha* – у класичному римському праві малася на увазі певна сума грошей або інші предмети, що надавалися на знак встановлення зобов'язання.

Спочатку він виконує одну головну функцію - доказування: підтверджував факт укладення договору. Але Конституцією Юстиніана 528 р. підкреслюється вже інша функція завдатку - штрафна, що має за мету спонукати боржника виконати зобов'язання - так звана *arrha poenalis*. При цьому, за римським правом, штрафна функція була двосторонньою: з одного боку сторона, що дала завдаток, втрачала його, якщо правочин не відбувався або не виконувався з його вини; з іншого боку - той, хто отримав завдаток, повинен був сплатити *arrha* в подвійному розмірі, якщо у порушенні зобов'язань був винен він.

У пізньому римському праві існували дві форми завдатку:

1) *arrha confirmatoria*, який служив засобом забезпечення простих договорів і не виконував штрафну функцію; та 2) *arrha pecto imperfectum data*, який одночасно виконував і штрафну функцію, що її закріпив Юстиніан у 528 р.

Загалом, аналіз характеру розвитку реальних (речових) спеціальних засобів забезпечення зобов'язань дав можливість зробити висновок про те, що у Стародавньому Римі, одержує розвиток і достатньо ефективно використовується вид забезпечення - завдаток, запозичений з іноземного права, і який є інститутом *jus gentium*.

У цивільному законодавстві, що діяло до 1917 р., були відсутні загальні положення про завдаток як спосіб забезпечення зобов'язання, були лише окремі норми, що регламентують використання завдатку в окремих договірних зобов'язаннях.

У радянський період розвитку цивільного законодавства норми про завдаток включалися у всі кодифікаційні акти. Проте при цьому переслідувалася мета не забезпечити ефективне застосування даного способу забезпечення виконання договірних зобов'язань в реальному майновому обороті, а швидше зберегти цей традиційний цивільно-правовий інститут для наступних поколінь цивілістів. Саме у радянський період змістовнішим став погляд на значення і функції завдатку в майновому обороті.

У **підрозділі 3.2. «Поняття завдатку в сучасному цивільному праві»** авторка здійснює спробу визначити дефініцію завдатку та як наслідок – пропонує внести відповідні зміни до чинного ЦК України.

Так, авторка в ході свого дослідження встановив, що на відміну від інших способів забезпечення зобов'язань, передбачених гл. 49 ЦК України, законодавець уникає називати сторони завдаткових правовідносин. У зв'язку з цим, авторка пропонує виправити дане непорозуміння шляхом внесення відповідних змін до ст. 570 ЦК України й викладення її першої частини в наступній редакції: «1. Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається боржником – завдаткодавцем кредиторіві – завдаткоотримувачу у рахунок належних з нього платежів, на підтвердження грошового договірною зобов'язання і на забезпечення його виконання...».

Специфічні риси завдатку, що відрізняють його від решти всіх способів забезпечення виконання зобов'язань, полягають у такому:

- завдатком можуть забезпечуватися лише зобов'язання, що виникають з договорів, отже, він не може бути використаний для забезпечення деліктних зобов'язань, зобов'язань, що виникають унаслідок необґрунтованого збагачення, і деяких інших;

- завдатком може бути забезпечено тільки виконання грошових зобов'язань. Цей висновок виходить з положення про те, що завдаток видається відповідною стороною в договірному зобов'язанні в платежів, що належать з неї.

Встановлено, що договір, забезпечений завдатком, повинен бути укладений ще до моменту укладення договору завдатку або одночасно з ним.

Авторка даного дисертаційного дослідження пропонує свій варіант договору про завдаток, що може використовуватися в практиці.

Досліджуючи правову конструкцію завдатку, автор проводить аналогію із такими схожими інститутами, як аванс, неустойка, грошова застав, виокремлюючи специфічні, притаманні лише завдатку риси, що унеможливають його співпадіння із зазначеними поняттями.

Підрозділ 3.3. «Функції завдатку» присвячений аналізу функцій, які виконує завдаток. В радянський період розвитку вітчизняної цивілістики склалася традиція характеризувати інститут завдатку, виходячи з його функцій. З тих пір майже в кожній публікації виділяють переважно три функції завдатку: доказову (посвідчувальну), платіжну та забезпечувальну. Такий підхід до визначення завдатку настільки міцно вкоренився в вітчизняній науці, що відсутність або навіть невелика видозміна однієї з названих функцій впливає на кваліфікацію правової конструкції в якості завдатку.

В свою чергу авторка шляхом наведення вивірених аргументів доводить, що завдаток виконує такі функції: платіжну, забезпечувальну та кредитову, і йому не притаманна традиційно визначена доказова функція. На думку авторки, завдаток не може служити доказом укладення договору за таких підстав: належним чином укладений договір не потребує ніяких доказів; за відсутності основного договору, укладеного у встановленій законом формі, нерідко

виникає питання про можливість існування завдатку, який традиційно відносять до акцесорних зобов'язань. Про доказову функцію завдатку говорити тут вже не доводиться. Крім того, як правило, угоду про завдаток включають в текст основного договору, тому його доказова функція, і без того слабо виражена, в подібних випадках і зовсім втрачається.

В ході здійсненого аналізу авторка приходить до висновку, що завдаток є конститутивним елементом правочину, і демонструє помилковість використання в нормі закону – ч. 1 ст. 570 ЦК України терміну «доказ». У даному аспекті необхідно розглянути питання про реальний або консенсуальний характер угоди про завдаток і зобов'язань взагалі. ЦК України (ст. 570) визначає завдаток як грошову суму, що видається одній з договірних сторін на доказ укладення договору. Дану норму можна розцінювати як вказівку на те, що Кодекс відносить завдаток до реальних угод. Проте слід розмежувати питання об реальності і консенсуальності зобов'язання про завдаток і основного зобов'язання, що забезпечується завдатком. Що стосується першого зобов'язання, то, мабуть, немає сумнівів в його реальному характері. Щодо основного договору ЦК України не містить прямо вираженої норми про те, що він вступає в силу з моменту видачі завдатку.

В контексті заперечення доказової функції завдатку авторка також відмічає, що, якщо все ж таки виходити з трактування доказової функції в процесуальному аспекті, договір, забезпечений завдатком, буде мало відрізнятися від договору з умовою про передоплату і неустойку (яку нерідко передбачають в договорі в однаковому розмірі для кожної із сторін). Такі договори поширені ширше у зв'язку з тим, що законодавче регулювання і доктринальне розуміння неустойки є гнучкішим. Це дозволяє пристосувати її практично до будь-яких правовідносин, чого не скажеш про завдаток, враховуючи обмежений характер трактування забезпечувальної функції.

При розгляді доказової функції завдатку авторка з'ясовує можливість забезпечення завдатком правочинів, що вимагають нотаріальної форми або державної реєстрації та робить пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства в цьому напрямку.

В зв'язку з тим, що завдаток виконує забезпечувальну функцію, авторка вважає за доцільне включити в законодавство норму, згідно з якою завдаток втрачається або повертається в подвійному розмірі не тільки при невиконанні зобов'язання, але й при істотному його порушенні.

Розділ четвертий «Механізм дії (спеціальні випадки застосування) завдатку» містить дослідження особливостей застосування завдатку при забезпеченні ним попереднього договору, правочинів із нерухомістю, співвідношення та розмежування завдатку із відступним.

У *підрозділі 4.1. «Завдаток і попередній договір»* розглядається одне з актуальних питань використання попереднього договору в цивільному обігу, пов'язане з проблемою співвідношення цього правочину і завдатку. Проблема є нагальною через поширену думку про те, що для забезпечення попередніх договорів завдаток у принципі не підлягає застосуванню. Автор обґрунтовує в даному підрозділі можливість забезпечення завдатком подібних зобов'язань.

З метою усунення ситуації, що склалася, пропонується доповнити ч. 1 ст. 571 ЦК України абзацом такого змісту:

«У випадку, якщо завдатком забезпечувалося зобов'язання з попереднього договору, то при укладенні основного договору сума завдатку зараховується в рахунок платежів за основним договором, крім випадків, коли сторони в договорі прямо передбачили інше».

Автор обґрунтовує пропозицію щодо посвідчення забезпеченого завдатком попереднього договору у нотаріальному порядку, з обов'язковою перевіркою відсутності заборони відчуження об'єкта нерухомості. Водночас із посвідченням попереднього договору пропонується накласти заборону відчуження на об'єкт нерухомості на підставі такого договору і волевиявлення сторін.

Автор доводить, що правочини про завдаток, які забезпечують попередні договори, мають визнаватися дійсними, якщо йдеться не про забезпечення відсутнього зобов'язання.

Забезпечення попереднього договору завдатком доцільно вважати, правомірним у разі наявності в попередньому договорі умови про те, що за домовленістю сторін допускається попередня оплата договору купівлі-продажу, а всі перераховані продавцеві кошти визнаються завдатком.

Українському законодавцю доцільно повернутися до класичних уявлень про завдаток, що передбачали застосування завдатку як засобу спонукання до укладення договору. В цьому випадку зобов'язана за попереднім договором особа може бути примушена до вчинення основного договору. При цьому закон має передбачати можливість забезпечення завдатком практично будь-якого попереднього договору.

У зв'язку з цим, положення ЦК України про завдаток мають передбачати можливість забезпечення завдатком обов'язків сторін за попереднім договором укласти в майбутньому основний договір у відповідності з попереднім договором.

Невиконання цих обов'язків повинно тягнути для сторін ті ж самі наслідки, що й невиконання забезпеченого завдатком зобов'язання за будь-яким цивільно-правовим договором.

У *підрозділі 4.2. «Завдаток і відступне»* автор аналізує причини існуючої в літературі розповсюдженої точки зору про співпадіння понять «завдаток» та

«відступне» та доводить незалежність цих інститутів один від одного. Це змішання виражається в тому, що сторона, що сплатила завдаток (або що повернула його в подвійному розмірі), вважає себе вільною від зобов'язань, а договір, в забезпечення якого був наданий завдаток, розірваним. Вказана помилка пов'язана з недостатньо чітким розумінням суті завдатку в діючому праві.

Відмінність відступного від завдатку полягає в такому:

1) Сенс відступного полягає в наданні боржнику з відома кредитора можливості, зберігаючи в решті зобов'язання, замінити первинний предмет виконання іншим, тобто наданням відступного припиняється зобов'язання, а не договір, тому стрічне зобов'язання зберігає свою силу. При використанні штрафної (компенсаційною) функції завдатку договір розривається, всі зобов'язання припиняються.

2) При наданні відступного кредитор отримує від боржника те, що рівноцінно виконанню зобов'язання, тобто умовно можна говорити, що зобов'язання припиняється його виконанням. При застосуванні завдатку у разі невиконання боржником договору кредитор отримує лише суму завдатку, отримання якої ніяк не може бути прирівняне до виконання зобов'язання, яке припиняється в результаті розірвання договору.

3) Наданням відступного виключається можливість стягнення збитків, оскільки права кредитора не порушуються. За правилами про завдаток така можливість існує, оскільки відбувається невиконання зобов'язання, і кредитор може вимагати відшкодування збитків, якщо сторони не домовилися про інше (ч. 2 ст. 571 ЦК України).

У підрозділі 4.3. «Особливості застосування завдатку в правочинах із нерухомістю» авторка досліджує особливості забезпечення правочинів із нерухомістю завдатком.

Проведене дослідження дало змогу дійти висновку про те що держава, яка і зацікавлена у стабільному цивільному обігу, має ліквідувати саму можливість неоднакового розуміння закону щодо використання завдатку при забезпеченні ним правочинів із нерухомістю. Вважаємо, що для цього необхідно внести доповнення до § 5 гл. 49 ЦК України, зробивши уточнення щодо форми та моменту вчинення угоди про завдаток, який видається у зв'язку з укладенням договорів, в яких об'єктом виступає нерухоме майно.

В свою чергу автор даного дисертаційного дослідження пропонує примірні зразки договорів про задаток та попередній договір, що можуть бути використані в нотаріальній практиці при посвідченні правочинів із нерухомим майном.

ВИСНОВКИ

У **Висновках** сформульовані основні результати проведеного дослідження, зокрема, констатується, що в сучасному цивільному праві розроблена і функціонує спеціальна система правових засобів, метою якої є забезпечення стабільного становища кредитора в укладених договірних правовідносинах. Звичайно, за основу видів забезпечення зобов'язань покладені види, розроблені ще в римському цивільному праві.

Мета системи забезпечення виконання зобов'язань – додатково до засобів державно-правового захисту (судовому зверненню стягнення на майно боржника) забезпечити реальну можливість виконання зобов'язання, що виникає.

Слід провести чітку межу між видами, які забезпечують належне виконання договору, і забезпечувальними засобами взагалі, які дозволяють кредитору захистити свої інтереси, якщо договір виконується неналежним чином, або виникає загроза його невиконання. У першому випадку головна мета видів забезпечення виконання зобов'язання – примусити боржника саме виконати належним чином договірне зобов'язання. У другому випадку – контрагента цікавить перш за все захист своїх інтересів, які потерпають внаслідок неналежного виконання зобов'язання. Тобто, тут мова йде про відмову від договору, як санкцію. Звичайно, що в цьому випадку дії кредитора також обумовлюють настання невігідних майнових наслідків для боржника, але настання цих наслідків пов'язано не з обов'язком боржника виконати договір, а з правом кредитора розірвати договірні відносини.

Якщо за основу класифікації брати визначеність чи невизначеність в законі видів забезпечення зобов'язань, то їх за аналогією можна назвати «поіменованими» або «законними», тобто такими, поняття і зміст яких відображено в ЦК України, і «поіменованими» або «договірними», тобто такими, які визначаються сторонами безпосередньо в договорі.

Виходячи з наведеної норми закону, можна умовно класифікувати способи забезпечення виконання зобов'язань на три групи: способи забезпечення виконання зобов'язань, що передбачені главою 49 ЦК України; способи забезпечення виконання зобов'язань, що передбачені іншими нормами цивільного законодавства України; інші способи забезпечення виконання зобов'язань, які передбачені договором.

Досліджуючи способи забезпечення зобов'язань, передбачені договором, необхідно враховувати, що визначити їх вичерпний перелік неможливо, але це й не потрібно. Важливо пам'ятати лише про те, що ці способи мають відповідати ознакам забезпечення виконання зобов'язань, а також те, що вони відрізняються від інших цивільно-правових інститутів.

Авторка пропонує закріпити власне визначення в ст. 570 ЦК поняття завдатку із урахування пойменування сторін завдаткових правовідносин.

Завдаток слід відмежовувати від авансу. Основними критеріями відмінності завдатку як одного із засобів забезпечення виконання зобов'язань від авансу, як однієї з форм розрахунків є: забезпечення завдатком тільки дійсного, тобто укладеного сторонами, того чи іншого цивільно-правового зобов'язання; обов'язкове дотримання сторонами встановленої законом форми укладення договору, який забезпечений завдатком; винне ухилення, одної зі сторін від виконання укладеного з дотриманням встановленої законом форми договору, котрий забезпечений, завдатком.

Завдаток має певну схожість з неустойкою через поєднання в собі якостей штрафної санкції (компенсації). Однак різниця між неустойкою та завдатком полягає у тому, що, по-перше, завдаток сплачується у момент укладення договору, а неустойка тільки ним визначається; по-друге, неустойка може бути зменшена за рішенням суду, що зовсім неможливо стосовно завдатку.

Необхідно зазначити, що договір, забезпечений завдатком, повинен бути укладений ще до моменту укладення договору завдатку або одночасно з ним.

Авторка доводить, що правильніше не визначати завдаток шляхом виділення й аналізу його функцій, а говорити про багатоаспектність і багатоплановість самого явища завдатку, який в деяких ситуаціях може служити для досягнення будь-якої мети.

Одне з актуальних питань використання попереднього договору в цивільному обігу пов'язане з проблемою співвідношення цього правочину і завдатку. Українському законодавцю доцільно повернутися до класичних уявлень про завдаток, що передбачали застосування завдатку як засобу спонукання до укладення договору. В цьому випадку зобов'язана за попереднім договором особа може бути примушена до вчинення основного договору. При цьому закон має передбачати можливість забезпечення завдатком практично будь-якого попереднього договору. У зв'язку з цим, положення ЦК України про завдаток мають передбачати можливість забезпечення завдатком обов'язків сторін за попереднім договором укласти в майбутньому основний договір у відповідності з попереднім договором. Невиконання цих обов'язків повинно тягнути для сторін ті ж самі наслідки, що й невиконання забезпеченого завдатком зобов'язання за будь-яким цивільно-правовим договором.

Завдаток не може виступати в ролі відступного, а узгодження сторонами умови про відступне відносно суми завдатку є неприпустимим, оскільки можливі правові наслідки позбавлені економічного сенсу.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ АВТОРОМ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

1. Макаренко Г.В. Речово-правові засоби забезпечення за цивільним законодавством України / Г.В. Макаренко // Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – Вип. 33. – С. 226-231.
2. Макаренко Г.В. Особливості забезпечення кредитів / Г.В. Макаренко // Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – Вип. 34. – С. 296-300.
3. Макаренко Г.В. Історія виникнення інституту забезпечення виконання зобов'язань / Г.В. Макаренко // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 38. – С. 216-220.
4. Макаренко Г.В. Правова характеристика та особливості завдатку як способу забезпечення зобов'язань / Г.В. Макаренко // Визначальні тенденції генези державності і права: Зб. наук. праць міжнародної наук.-практ. конф. «Треті Прибузькі юридичні читання» / За ред. В.І. Терентьєва, О.В. Козаченка. – Миколаїв: Вид-во «Іліон», 2007. – С. 578-581.
5. Макаренко Г.В. Застосування завдатку у сучасних цивільно-правових зобов'язаннях / Г.В. Макаренко // Підприємництво і море: Тези доп. круглого столу. – 2008. – С. 75-76.
6. Макаренко Г.В. Співвідношення завдатку та авансу / Г.В. Макаренко // Правове життя сучасної України: Тези доп. Всеукр. наук. конф. – 2008. – С. 295-296.

АНОТАЦІЯ

Макаренко Г.В. Завдаток як спосіб забезпечення зобов'язань. – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Одеська національна юридична академія, Одеса, 2008.

Дисертація присвячена дослідженню формування, цивільно-правової характеристики, поняття та функцій способу забезпечення виконання зобов'язань – завдатку. У ній проаналізовано стан цивілістичних наукових та практичних джерел, в яких було в той чи іншій мірі досліджено способи забезпечення виконання зобов'язань як такі, та задаток, зокрема, та доведено, що досі не мало місце комплексне вивчення відповідного інституту в рамках самостійного дослідження в національній цивілістичній науці.

З урахуванням цієї обставини розглянуто характеристику та існуючі види способів забезпечення виконання зобов'язань та місце завдатку як їхнього самостійного виду в цивільному праві.

Детально проаналізовані умови застосування завдатку в різних правочинах. Запропоновано авторське бачення договорів про завдаток, які можуть використовуватися в практиці.

Сформульовано поняття завдатку, авторське бачення функцій, що виконує завдаток, його механізм дії, запропоновані шляхи удосконалення чинного законодавства при забезпеченні завдатком договірних зобов'язань.

Ключові слова: способи забезпечення зобов'язань, завдаток, договір, аванс, попередній договір, відступне.

АННОТАЦІЯ

Макаренко А.В. Задаток как способ обеспечения обязательств. – Рукопись.

Диссертация на соискание научной степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право. – Одесская национальная юридическая академия, Одесса, 2008.

Обеспечение выполнения обязательств в целом и способы обеспечения выполнения обязательств, в частности, занимают в гражданском праве Украины особое место при анализе эффективности норм гражданского права и их влияния на экономические отношения. Сейчас безусловно наметился переход от системы, в которой вместе с материальными стимулами большое место отводилось и моральному стимулированию, к системе с доминированием материальных стимулов. Имущественная заинтересованность субъектов правоотношения становится лидирующей предпосылкой и в построении новой системы способов обеспечения выполнения обязательств.

Анализ существующего законодательства, правоприменительной практики в этой области отношений, а также изучение организационно-правовых основ действия системы является базой, которая позволяет сделать вывод об эффективности современной системы обеспечения выполнения обязательств и предложить пути ее усовершенствования.

Проанализированы специфические черты задатка, которые отличают его от всех иных способов обеспечения выполнения обязательств. Недостаточность правового регулирования задатка (урегулирование на уровне Гражданского кодекса Украины лишь двумя статьями - 570 и 571) приводит к искаженному пониманию его сути, которая выражается в неправильной юридической структуризации отношений между правовыми субъектами.

Все это предопределяет необходимость углубленного исследования соответствующих гражданско-правовых норм, которые регулируют применение задатка в качестве способа обеспечения обязательств. На современном этапе необходим качественно новый подход к теоретическому освещению и практическому обоснованию применения такого способа обеспечения обязательств как задаток и исследования его места в системе обеспечительных средств.

Диссертация посвящена исследованию формирования, гражданско-правовой характеристики, понятия и функций способа обеспечения выполнения обязательств - задатка. В ней проанализировано состояние цивилистических научных и практических трудов, в которых были в той или иной мере исследованы способы обеспечения выполнения обязательств как таковые, и задаток, в частности, и доказано, что до сих пор не имело место комплексное изучение соответствующего института в рамках самостоятельного исследования в национальной цивилистической науке.

С учетом этого обстоятельства исследована общая характеристика и существующие виды способов обеспечения выполнения обязательств и правовое место задатка как самостоятельного их вида в гражданском праве.

Детально проанализированы условия применения задатка в разных сделках. Предложено авторское видение договоров о задатке, которые могут использоваться в практике.

Сформулированы понятие задатка, авторское видение функций, которые выполняет задаток, его механизм действия, предложены пути усовершенствования действующего законодательства при обеспечении задатком договорных обязательств.

Ключевые слова: способы обеспечения обязательств, задаток, договор, аванс, предварительный договор, отступное.

SUMMARY

Makarenko A.V. The earnest as a mode of the obligation guaranteeing. – Manuscript.

The thesis for a Candidate Degree in Law, Specialty 12.00.03 – Civil Law and Procedure; Family Law; International Private Law – Odessa National Academy of Law, 2008.

The thesis is devoted to the research of earnest's forming, its civil description, its conception and functions. In was analyzed civil scientific and practician's proceedings on the obligation guaranteeing's and earnest's researching in this dissertation? And it was proved that such complex research within the scope of the independent investigation of corresponding institution in national civil science never took place before.

According to this it was inquiring the general description and existing types of obligation guaranteeing and the earnest's legal place as their independent sort in civil law.

There were also analyzed in detail the conditions of the earnest's application in different bargains. It was offered the author's vision of the contract on earnest, which could be used in practice.

There were formulated the conception of the earnest, the author's vision of its functions, the mechanism of its operation. It was offered the way of improvement of existing legislation in the way of contractual obligation guaranteeing by earnest.

The keywords: the obligation guaranteeing, an earnest, a contract, a prepayment, a preliminary contract, a compensation.