

Щодо фідучіарності та алеаторності кредитного договору за цивільним законодавством України

А. Ю. Бабаскін,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького
НАН України

Розглянута можливість віднесення кредитного договору до фідучіарних та алеаторних правочинів, стосовно чого серед цивілістів не має єдиної позиції. На підставі проведеного аналізу законодавства та наукової літератури автором доводиться позиція щодо неможливості віднесення кредитного договору до фідучіарних та алеаторних правочинів.

Ключові слова: кредитний договір, фідучіарний правочин, алеаторний правочин.

Бабаскін А.Ю. Относительно фидуциарности и алеаторности кредитного договора по гражданскому законодательству Украины

Рассмотрена возможность отнесения кредитного договора к фидуциарным и алеаторным сделкам, в отношении чего среди цивилистов отсутствует единая позиция. На основании проведенного анализа законодательства и научной литературы автором доводится позиция о невозможности отнесения кредитного договора к фидуциарным и алеаторным сделкам.

Ключевые слова: кредитный договор, фидуциарная сделка, алеаторная сделка.

Babaskin Anatolii. Regarding the fiduciary and alimony of the loan agreement under the civil law of Ukraine

The article considers the possibility of assigning a loan agreement to fiduciary and aleatory transactions, regarding which among civilians does not have a single position. On the basis of the analysis of legislation and scientific literature, the author has a position on the impossibility of assigning a loan agreement to fiduciary and aleatory permissions.

Keywords: loan agreement, fiduciary transaction, aleatory transaction.

Одним із наслідків процесу ускладнення суспільних відносин, що підпадають під регулювання норм цивільного права, є виникнення різноманітних видів цивільно-правових договорів, зокрема тих, що використовуються учасниками цивільних відносин при наданні фінансових послуг. Такі договори мають як загальні риси, так і певні

особливості. В зв'язку із необхідністю здійснення аналізу їх правового регулювання у науковців виникає нагальна потреба у їхній класифікації. Незважаючи на те, що на практиці кредитний договір є одним із найбільш розповсюджених цивільно-правових договорів, аналізу якого присвяченні чисельні публікації багатьох авторів, досі у науковців немає єдності у поглядах з приводу того, чи належить кредитний договір до фидуціарних та алеаторних правочинів.

Науково-теоретичними дослідженнями правочинів, зокрема кредитного договору, з цивільно-правової точки зору займалися такі вітчизняні та іноземні науковці, як: М.М. Агарков, І.А. Безклубий, К.О. Боннер, В.В. Брагінській, В.В. Вітрянський, О.С. Іоффе, Л.Г. Єфімова, Э.С. Компанієць, Я.О. Куник, С.М. Лепех, Л.О. Новосьолова, Е.Г. Полонській, Є.О. Суханов, С.К. Соломін, Ю.І. Чалий та ін.

Характеризуючи правову природу кредитного договору як правочину, слід звернути увагу на питання щодо можливої фидуціарності (від лат. *fiducia* - довіра) та алеаторності (від лат. *alea* – гральна кість, азартна гра, ризик, випадковість) кредитного договору.

Інститут фидуції в загальній системі права притаманний речовому праву, що знайшло свій прояв в статті 316 Цивільного кодексу України, яка встановлює, що особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном. На відміну від цього в континентальній системі права фидуціарність характерна для зобов'язальних правовідносин, що характерно і для цивільного законодавства України. Наявність у Цивільному кодексі України інститутів, які ґрунтуються на довірі, що існує між кредитором та боржником заперечувати не можна. Довіра в таких правочинах має характер видотворної ознаки, що дозволяє поділяти цивільні правочини на фидуціарні та мінові. Зазначимо, що і для мінових відносин характерним є наявність певного рівня довіри кредитора до контрагента, що ґрунтується, як правило, на репутації такого контрагента. В якості фидуціарних правочинів у науці цивільного права традиційно розглядається договір доручення (ст. 1000 ЦК України). Однак до них можна віднести з певним застереженням і договір управління, за яким в управителя може виникати довірча власність на майно, що передане в управління (ст. 1029 ЦК України).

У науці цивільного права під фидуціарним правочином розуміють правочин, який базуються на особистих відносинах між суб'єктами, які його вчиняють, що характеризуються високим ступенем довіри сторін один до одного. Як вказував Г.Ф. Шершеневич, правовідносини, які мають фидуціарний характер, засновані на взаємній довірі та припущенні чесності й здатності у контрагентів¹. На думку О.С. Іоффе, фидуціарний характер властивий лише тій угоді, яка спирається на взаємну довіру її

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Москва: Изд-е Б.Башмаковых, 1912. С. 662.

учасників². Наслідком вказаного є і те, що відносини за фідучіарним договором мають високоперсоніфікований характер, що, в свою чергу, обумовлює особисте виконання договору.

Характерною ознакою фідучіарного правочину є наявність у сторін договору права на односторонню відмову від виконання зобов'язання. Отже, якщо за загальним правилом така відмова не допускається (ст. 525 ЦК України), у фідучіарному правочині таке право має кожна із сторін договору. Так, відповідно до цього довіритель або повірений мають право в односторонньому порядку відмовитися від договору доручення в будь-який час, відмова сторін від права на відмову від договору доручення є нікчемною (ч. 2 ст. 1008 ЦК України), а засновник управління та управитель мають право в односторонньому порядку відмовитись від договору управління майном з підстав, зазначених у п. 6-7 ч. 1 ст. 1044 Цивільного кодексу України. На думку О.С.Іоффе, договір доручення має особисто-довірчий характер. Однак, оскільки кожний з учасників може втратити довіру до іншого, було б невірно спонукати його до збереження договірних відносин, виходячи із загального принципу, згідно з яким одностороннє розірвання договору не допускається, у будь-який час довіритель може скасувати своє доручення, а повірений відмовитися від його виконання. Зазначене правило є імперативним і зберігає свою силу навіть у тому разі, якщо сторони домовилися про інше³. Як вказує О.В. Белоусова, розірвання фідучіарних договорів з підстав, що залежать від волевиявлення сторін, має низку особливостей, головною з яких є можливість одностороннього розірвання фідучіарних договорів не тільки у зв'язку з істотним порушенням умов договору, а й за такою підставою, як втрата довіри⁴.

Як правило, в економічній, соціологічній та частково юридичній літературі з цивільного, господарського та фінансового права містяться посилання на довірчий характер відносин сторін за кредитним договором. Наприклад, відомий дослідник кредитних відносин О.І. Лаврушин, говорячи про значення довіри в кредитуванні, вказує, що довіра в кредиті, дійсно, має місце, її не можна ігнорувати, вона має психологічний, моральний аспект. Довіра має важливий економічний зміст. Тільки той суб'єкт має можливість отримати у тимчасове користування чужий капітал, який довів свою кредитоспроможність, вміння вести господарство, хто завоював довіру партнерів⁵. Однак, з економічної точки зору, довіра властива не тільки кредитним відносинам, а й багатьом іншим економічним відносинам (наприклад, відносинам позички, майнового найму, відносинам з виконання робіт та надання послуг тощо). Відповідно довіра не є

² *Іоффе О.С.* Советское гражданское право. Общее учение об обязательствах: Курс лекцій. Ленинград: ЛГУ, 1958. С. 208.

³ *Советское гражданское право.* Курс лекций: Отдельные виды обязательств: учеб. пособ.; отв. ред.: Юрченко А.К. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1961. С. 237.

⁴ *Белоусова Е.В.* Правовое регулирование фидуциарных договоров по гражданскому праву России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Владикавказ, 2011. URL: <http://www.dissercat.com/content/pravovoe-regulirovanie-fidutsiarnykh-dogovorov-po-grazhdanskomu-pravu-rossii>.

⁵ *Лаврушин О.В.* О доверии в кредитных отношениях // Деньги и кредит. 2015. № 9. С. 49.

специфічною властивістю кредиту, яка б могла розкривати його сутність як економічної категорії. В свою чергу, окремі правознавці наполягають на довірчому (фідуціарному) характері як кредитного договору, так і в цілому договорів про надання фінансових послуг⁶. Наприклад, Н.В. Дроздова обґрунтовує поняття договору про надання фінансових послуг як довірчого (фідуціарного) правочину, згідно з яким послугонадавач (фінансова установа або у випадках, встановлених законом, інший суб'єкт господарювання) надає за попереднім замовленням послугоотримувача (клієнта) фінансову послугу на оплатних і професійних засадах⁷.

Що ж до підстав для віднесення кредитного договору до фідуціарних договорів, то до них, як правило, належать посилання на норми параграфу 2 глави 71 Цивільного кодексу України, що надають сторонам такого договору, у встановлених законом випадках, право відмовитися в односторонньому порядку від надання або отримання кредиту.

Щодо цього треба зазначити наступне. На відміну від права наданого сторонам договору доручення, закон надає сторонам кредитного договору право відмовитися від виконання зобов'язань за кредитним договором лише в окремих випадках: кредитодавець має таке право у разі порушення процедури визнання позичальника банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений; у разі порушення позичальником встановленого кредитним договором обов'язку цільового використання кредиту кредитодавець має право відмовитися від подальшого кредитування позичальника за договором; позичальник має право відмовитись від одержання кредиту, повідомивши про це кредитодавця до встановленого договором строку його надання (ст. 1056 ЦК України). Наведене не свідчить про те, що кожна із сторін кредитного договору може у будь-який час протягом дії договору відмовитись від виконання зобов'язань за ним з причин втрати довіри до іншої сторони.

З огляду на це вважаємо за потрібне підтримати позицію С.К. Соломіна, який вважає, що кредитний договір, не відповідаючи ознакам фідуціарного правочину, виключає побудову відносин на засадах особисто-довірчого характеру. Виходячи з критерію довіри, кредитний договір належить не до фідуціарних правочинів, а до комерційних⁸.

Що ж до посилань на наявність довіри банку до позичальника при наданні кредиту, то слід підтримати позицію Л.Г. Єфімової, яка зазначає,

⁶ *Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. Київ: Юрінком Інтер, 2010. URL: <http://westudents.com.ua/glavy/73401-glava-56-dogovr-pro-nadannya-fnansovih-poslug.html>; Дроздова Н.В. Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. URL: <https://mydisser.com/ua/catalog/view/2887.html>; Бевзенко Р.С. Об'язательство кредитной организации выдать заемщику кредит // Законодательство. 2003. № 10. С.16.*

⁷ *Дроздова Н.В. Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2005. URL: <https://mydisser.com/ua/catalog/view/2887.html>.*

⁸ *Соломин С.К. Банковский кредит: проблемы теории и практики. Москва: Юстицинформ, 2009. С.59, 68-69.*

що така довіра не свідчить про особисто-довірчій характер кредитних операцій. Воно нічим не відрізняється від довіри будь-якого кредитора до свого боржника, без якого взагалі не зміг би бути вчинений будь-який правочин⁹.

Іншим дискусійним питанням у науці цивільного права є віднесення кредитного договору до алеоторних правочинів. Під алеоторними правочинами О.С.Іоффе розумів правочини, які обумовлюють неспівпадіння між внутрішнім відносинами учасників правочину та їх зовнішнім вираженням¹⁰. Як зазначає І.Ф. Севрюкова, залежно від того, чи можуть сторони на момент укладення відплатного договору оцінити вигоду, яку вони отримують у майбутньому, договори поділяються на мінові (комутативні – від лат. commutare – міняти) та алеоторні договори. Міновими є договори, в яких сторони можуть на момент його укладення оцінити вигоду, яку вони отримують у майбутньому. Більшість договорів є міновими. Алеоторний договір містить умову, яка робить неможливим точне обчислення на момент укладення договору вигоди і можливих збитків у разі виконання договору. Алеоторні договори – «договори на вдачу», тобто договори, на момент укладення яких невідомий точний рівень, обсяг взаємного виконання або не відомо, хто із сторін матиме право або обов'язок, що ставиться у залежність від події або обставини, про настання якої сторонам нічого не відомо на момент укладення договору¹¹. Зауважимо, що у французькій правовій доктрині відсутність ризику в алеоторному правочині має своїм наслідком його нікчемність¹². На переконання М.І. Брагінського, алеоторні договори є договорами, в яких розподіл ризиків між сторонами є їх метою¹³, а на думку С.М. Бєрвєно, поділ договорів на ризикові та неризикові обумовлений тим, що ризикові договори ґрунтуються виключно на ризику, а в неризикових договорах ризик не входить до їх юридичного змісту¹⁴. Прикладами алеоторних правочинів є договори довічного утримання, договори страхування, деякі види біржових правочинів, а також договори гри та пари¹⁵.

Водночас деякі правознавці, наприклад В.Я. Погребняк, відносять договір про споживчий кредит до алеоторних правочинів у зв'язку з тим, що вказаний договір пов'язаний з підвищеним ризиком неповернення позичальником наданих коштів, внаслідок чого на практиці часто трапляються випадки встановлення банками вікових обмежень щодо

⁹ Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика: монография. Москва: НИМП, 2001. С. 122.

¹⁰ Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1971. С. 166.

¹¹ Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; від. ред. Я.М.Шевченко. Київ: Ін Юре, 2009. С. 40.

¹² Саватьє Р. Теория обязательств. Москва: Прогресс. С.136-137.

¹³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о банковском вкладе, банковском счете; Банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. Москва: Статут., 2006. Кн. 5. Т. 1. С. 258.

¹⁴ Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.; за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2008. С. 342.

¹⁵ Майданік Н.І. Цивільне – правове регулювання договорів гри та пари: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Київ, 2006. URL: <http://nadoest.com/majdanik-nataliya-ivanivna>.

отримання грошей¹⁶. В свою чергу, Л.П. Оплачко розглядає відносини, що виникають з кредитного договору, як диспозитивно-алеаторні та квазіалеаторні¹⁷. Зрозуміло, що усі банківські правочини підпадають під вплив певних ризиків, наприклад, кредитного ризику, ризику ліквідності, ризику зміни процентної ставки, ринкового ризику, валютного ризику, операційно-технологічного ризику, ризику репутації, юридичного ризику, стратегічного ризику тощо¹⁸). Ризиковою є і сама підприємницька діяльність банків (ст. 44 ГК України). Тому, якщо залишатися на позиції вищевказаних авторів, у якості алеаторних слід розглядати усі правочини, в яких зустрічне надання є відтермінованим у часі (наприклад, договір позики). З такою позицією ми погодитися не можемо.

На нашу думку, кредитний договір слід віднести до мінових (комутативних) договорів, в яких сторони можуть на момент його укладення оцінити вигоду, яку вони отримують у майбутньому. Зокрема, для кредитодавця така вигода розраховується на момент укладення кредитного договору у вигляді різниці між вартістю залучених коштів та вартістю обслуговування кредиту (що являють собою собівартість фінансової послуги) та очікуваним доходом від надання фінансової послуги позичальнику (проценти та комісії за кредитом). Що ж до рівня ризику, то останній враховується кредитодавцем, насамперед через рівень розміру процентної ставки за кредитом, створені резерви та наявне забезпечення.

Отже, немає підстав для віднесення кредитного договору або його окремих видів до фідучіарних та алеаторних правочинів.

Babaskin Anatolii. Regarding the fiduciary and alimony of the loan agreement under the civil law of Ukraine

Among the jurists still has no unity in opinions about what are or not, the credit agreement and to the fiduciary aleatory transactions. Some scholars insist on trust (fiduciary) character as the credit agreement, and in General agreements to provide financial services. Regarding the grounds for attributing the credit agreement to the fiduciary contracts, they typically include references to provisions of paragraph 2 of Chapter 71 of the Civil code of Ukraine, providing the parties to such agreement in the cases prescribed by law the right to withdraw unilaterally from the grant or loan. However, these provisions of the law do not define as grounds for unilateral withdrawal from the contract loss of confidence, and very limited compared to the rights of the parties on such classic Fuchang transaction as a contract of Agency. Therefore, the author supports the position of scientists who believe that the loan does not meet the fiduciary signs the agreement, and the trust which is present in the relations of the parties under this agreement is not indicative of personally-confidential character of credit operations. In turn, the author criticizes scholars who refer the credit agreement to aleatoric, dispositive-aleatory and caseloading transactions. According to the

¹⁶ Погребняк В.Я. Цивільне – правове регулювання відносин споживчого кредитування в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. С.7, 141, 189, 199.

¹⁷ Оплачко Л.П. Правове регулювання відносин за кредитним договором: автореф. дис.... канд. юрид. наук. Київ, 2011. URL: <https://mydisser.com/ru/catalog/view/6/44/8289.html>.

¹⁸ Методичні вказівки з інспектування банків «Система оцінки ризиків», схваленні Постановою Правління Національного банку України від 15.03.2004, № 104. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0104500-04>.

author despite the fact that all banking transactions fall under the influence of certain risks, has pdst assignment to aleatoric all transactions in which the consideration is deferred in time. Based on the above, the author substantiates the position that the credit agreement should be attributed not to aleatory, and in exchange (commutative) contracts in which the parties may at the time of its conclusion to assess the benefits they receive in the future. In particular, for the lender such benefit is calculated at the time of conclusion of the credit agreement as the difference between cost of funds and cost of servicing the loan (which represent the cost of financial services) and the expected income from providing financial services to the borrower (interest and commissions on the loan). As to the level of existing risks, the latter is taken into account by the lender, primarily through the level of the interest rate on the loan, reserves are created, and available collateral.

Keywords: loan agreement, fiduciary transaction, aleatory transaction.

УДК 347.1

Цивільний процес з іноземним елементом: науковий аналіз проекту Цивільного процесуального кодексу України

Є. Є. Фурса,

кандидат юридичних наук,
Генеральне консульство
м. Дюссельдорф (Німеччина)

Аналізується проект Цивільного процесуального кодексу України, зокрема Провадження за участі іноземних осіб та Провадження про визнання та виконання рішень іноземних судів. Внесено пропозиції з удосконалення даного нормативного акту.

Ключові слова: цивільний процесуальний кодекс, іноземний елемент, виконання рішень, суд, міжнародний комерційний арбітраж, консул.

Фурса Е. Е. Гражданский процесс с иностранным элементом: научный анализ проекта Гражданского процессуального кодекса Украины

Анализируется проект Гражданского процессуального кодекса Украины в частности Производство с участием иностранных лиц и Производство о

© Фурса Євген Євгенович – кандидат юридичних наук, Генеральне консульство м. Дюссельдорф (Німеччина)