

данському праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000, 7. Энциклопедический юридический словарь / Под общ. ред. В.Е. Крутских. 2-е изд. М., 1999. 8. Цивільне право: підручник для студентів юрид. вузів та факультетів. К., 1997. 9. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие / Ю.А. Тихомиров. М., 2000. 10. Луцк Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. 3-е изд., доп. М., 1973.

*Надійшла до редколегії 06.04.06*

*І.О. Проценко*

### **КОНСТРУКЦІЯ СПОСОБІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ**

Найбільш гострим і остаточно не вирішеним у законодавстві, зокрема у зобов'язальному праві, завданням є забезпечення виконання боржниками зобов'язань. Попри те, що в ідеальному варіанті відповідно до ст.526 Цивільного кодексу України [1] (далі – ЦК України) зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться, на практиці це далеко не так. На етапі виконання зобов'язань зустрічаються обставини об'єктивного чи суб'єктивного характеру, які впливають на ідеально сформовану в законі чи вписану договором процедуру його виконання. Це можуть бути допущені прорахунки при укладенні договору, підготовці до його виконання, безпосередньому виконанні та особливо підтвердженні виконання. Наслідок цього один – невиконання чи неналежне виконання зобов'язання – тобто учинення цивільного правопорушення (ст.610 ЦК України), що призводить до втрат матеріального та нематеріального характеру кредитора.

Звідси потреба у аналізі існуючого механізму забезпечення виконання зобов'язань, з'ясуванні його найбільш вразливої ланки та розробці рекомендації щодо посилення мотивації боржників до виконання зобов'язань. Останнім часом у вітчизняній (Бондар Т.В. [2] ) та зарубіжній і особливо російській (Сарбаш С.В. [3]) науці цивільного права значно активізувались дослідження у цьому напрямку ( у Україні захищена одна докторська та чотири кандидатські дисертації, а в РФ відповідно: 3 та більше десяти) і є певні результати. Однак, це доволі складне та, як нам видається, комплексне питання остаточно не вирішене. З одного боку, є достатньо стримуючих від ухилення від виконання зобов'язання факторів: на рівні орієнтирів юридично значимої поведінки, до яких ми можемо віднести принципи виконання зобов'язань як загальний оціночний критерій; на рівні стимулювання боржника до належного виконання зобов'язань під впливом загрози певних

негативних наслідків невиконання чи неналежного виконання зобов'язань – притягнення до відповідальності. Так, завдаток функціонально, зважаючи на його платіжну функцію, є частиною виконання зобов'язань, а можливість його втрати чи сплати такою ж розміру забезпечення – санкцією за порушення зобов'язання. Проте це не завжди спрацьовує на практиці, особливо, коли кредитори піддаються на вельми заманливі, але часом неможливі до виконання, пропозиції рекламодавців чи інші сучасні технології «чесного обману» споживача. Наприклад, досить важко зрозуміти, чим керувалась Євпаторійська міська рада, коли погодилась взяти кредит під заставу нерухомості в банку «Грант» для проведення лотереї серед населення, адже отримані кошти були витрачені на її друкування, а розрахункова окупність проекту – 100 років. Прикладів укладення завідомо кабальних договорів, економічно та юридично погано обґрунтованих договорів, особливо стосовно передавання прав на державне та комунальне майно, доволі багато.

У зв'язку із наведеним виникає потреба убезпечити кредитора від невиконання чи неналежного виконання зобов'язання (ст. 610 ЦК України), що може тягнути за собою наслідки, які вказані у ст. 611 ЦК України уже на стадії виникнення договірної зобов'язання. Такі в законодавстві є, але вони чомусь не виконуються. Чому передана державна власність юридичній особі приватного права без згоди на те державного органу (Фонду державного майна України, Кабінету Міністрів) інколи зрозуміти досить важко. Тут могла б стати на дорозі подібних «оборудок» конструкція нікчемного правочину, але вона законодавцем навмисне чи за недоглядом фактично заблокована можливістю застосування права на таке майно через інститут набувальної давності. Вважаємо, що таке правило недопустиме стосовно державного та комунального майна, про що у ч.3 ст.344 ЦК України необхідно прямо вказати. Звідси, абсолютне право власника на його майно, яке зловмисно чи через недогляд було відчужене із шкодою для генерального власника, може бути захищене у будь-який момент. Якщо додати елемент матеріальної зацікавленості державних службовців чи членів суспільства у виявленні подібних зловживань та ініціації розгляду справи, то ми отримуємо кращі гарантії проти зловживань.

Для забезпечення належного виконання зобов'язань законодавець встановив спеціальні способи стимулювання боржника. Види, чи як їх ще іменують в юридичній літературі, способи забезпечення виконання зобов'язань відображають приватний та державний інтерес щодо забезпечення стабільності цивільно-правових відносин та її напрям щодо максимального забезпечення прав та законних інтересів кредиторів. Приватний інтерес відображає психологічну упевненість кредитора у тому, що зобов'язання пе-

ред ним буде виконане і його майнові інтереси не постраждають від порушення зобов'язання боржником. Державний інтерес полягає у зменшенні обсягів втручання держави у приватні справи. Тож, виходячи із зворотного, ми можемо стверджувати, що через забезпеченість зобов'язання стимулюється боржник до їх виконання, кредитор досягає мети виконання зобов'язання, а в державі забезпечується суспільний порядок, у тім числі й під загрозою негативних наслідків порушення зобов'язання, що передбачені ст. 611 ЦК України. До того, чим менше держава втручається у приватні відносини, тим менші її витрати на здійснення правосуддя.

Звідси є потреба чітко визначити способи забезпечення виконання зобов'язань як загальний елемент правопорядку у приватній сфері, що призводять до упевненості у стабільності цивільно-правових і, зокрема, зобов'язальних правовідносин та на стадії виконання зобов'язань.

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. Інший дихотомічний напрям – забезпечення впевненості кредитора у досягненні мети зобов'язання, заохочення його до вступу у зобов'язання із національним товароволодільцем (виконавцем робіт чи послугонадавачем), а в кінцевому результаті до стимулювання грошового обороту та комерції.

Під способами забезпечення виконання зобов'язань прийнято розуміти спеціальні правові засоби, що в інтересах кредитора гарантують виконання основного зобов'язання боржником на його користь. Вони мають факультативний характер до основного зобов'язання і можуть бути відсутні при наявності у боржника високої ділової репутації та високого ступеня довіри між сторонами зобов'язання. Загальне правило для нестабільних правових порядків та перехідної економіки і зокрема перерозподілу матеріальних благ свідчить про необхідність їх застосування. Допустимість їх застосування зумовлюється видом та характером зобов'язання, волевиявленням його сторін. Вони визначаються угодою сторін або встановлюються законодавством, перш за все, в інтересах кредитора.

Способи забезпечення виконання зобов'язань мають додатковий (акцесорний) характер до основного зобов'язання, змушують боржника належним чином виконати зобов'язання в натурі, забезпечують лише дійсні вимоги. При тому їх доречність і ефективність визначена типом та видом зобов'язання, підставами його виникнення, імперативами закону та домовленістю сторін. Останнє має принципове значення, оскільки, що інколи помилко-

во стверджується, що передбачені у Главі 49 ЦК способи є виключними. Це не так.

Не всі із них забезпечені однаково, а деякі зовсім є слабкою ланкою у механізмі забезпечення виконання зобов'язань. Мова йде про віртуальні зобов'язання, де споживач віртуальної інформаційної послуги не гарантований від її якості. Так, із інформацією він може внести у свій ПК вірус, який знищить й усю наявну інформацію, чи буде нав'язувати послуги, періодично із мобільного телефону користувача надсилати СМС повідомлення тощо. Звичайно, у принципі можна визначити домен чи номер телефону, із якого проведено атаку та завдано шкоди, але за нинішнього стану законодавства захистити інтереси потерпілої особи досить складно. Номер мобільного телефону є певною гарантією для захисту порушеного права, але тут інтереси потерпілого ніяким чином не захищені. Очевидно, що виникла потреба у державному реєстрі всіх користувачів електрозв'язком як елементу національної безпеки та необхідного вимушеного кроку для забезпечення виконання зобов'язань, встановлених за його допомогою.

Способи забезпечення зобов'язання можуть зумовлювати його виникнення – бути його передумовою. Тому у таких випадках вони передують виникненню основного зобов'язання. Забезпечувальні зобов'язання йде за основним. Якщо ж з певних причин основне зобов'язання не відбулося, то забезпечувальне свою силу втрачає. Деякі з них (ломбардна застава) виділялись окремо і складають спеціальний вид діяльності. Це стосується й іпотечного кредитування.

Обраний сторонами спосіб забезпечення виконання зобов'язання набуває правового значення лише тоді, коли він письмово зафіксований або в договорі чи іншому документі, на забезпечення якого він спрямований, або в додатковому (чи спеціальному) договорі. Звідси будь-які усні домовленості про забезпечення зобов'язання не мають юридичної сили, що чітко проведено у ст. 547 ЦК України. Деякі зі способів вимагають не тільки письмової, але й нотаріально засвідченої форми їх учинення, а в окремих випадках і спеціальної державної реєстрації. Це стосується іпотеки.

Аналіз чинного цивільного законодавства надає уможлиблює виділення п'ять груп способів забезпечення виконання зобов'язань:

- передзобов'язальні, що передують вступу у зобов'язання і є мірами економічної, соціальної обізнаності та тактичної готовності до ведення переговорів;
- загально цивілістичні (основні), що передбачені у ч. 1 ст. 546 ЦК України: неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, задаток;
- спеціальні, що передбачені окремими галузями законодавства;

– інституційні – на рівні окремих інститутів цивільного права. Так, згідно зі ст. 735 ЦК України платник ренти не має права відчужувати майно, передане йому під виплату ренти, не інакше, як за згоди одержувача ренти.

Стосовно забезпечення виконання грошових зобов'язань складаються спеціальні способи забезпечення їх виконання. Так, Постановою КМУ «Про укладення угод з реструктурування простроченої станом на 1 січня 2004 р. заборгованості юридичних осіб за кредитами, залученими державою або під державні гарантії, та бюджетними позичками» [4] від 10 серпня 2004 р. передбачено використання угод для реструктуризації простроченої заборгованості. Договір може бути використаний й для реструктуризації податкової та іншої заборгованості. Наприклад, він широко застосовується для погашення заборгованості по комунальних платежах, відшкодування заподіяного збитку тощо;

– подвійного призначення. Такі забезпечувальні засоби можуть мати самостійне значення, а можуть слугувати забезпеченню іншого зобов'язання. Законом або договором можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦКУ). Це може бути обов'язок страхувати (хеджувати) ризик невиконання зобов'язання. Забезпечувальні властивості мають деякі форми безготівкових розрахунків: акредитивів, інкасо, безакцептне списання, передоплата й ін. Певні забезпечувальні якості властиві деяким видам договорів, зокрема договорам страхування, кредиту, лізингу, факторингу, фортфейтингу. Це також стосується деяких видів цінних паперів, зокрема векселя.

Особливим способом подвійного призначення є відступне. Перше і основне його призначення проявляється як спосіб припинення зобов'язання (ст. 600 ЦКУ) чи законне звільнення боржника від його юридичного обов'язку перед кредитором. Інше, не менш важливе його завдання – забезпечення виконання зобов'язання. Це пояснюється тим, що досягнута одночасно з укладенням договору домовленість сторін про можливість відступного є правочинною із відкладальною обставиною, за яким виникнення права на відступне залежить від настання певної обставини. За таких умов надання відступного замість виконання основного зобов'язання має забезпечувальне значення, як і завдаток. Іншими словами, боржник втрачає певні матеріальні блага. Забезпечувальна функція відступного є характерною особливістю цього інституту.

Для забезпечення виконання зобов'язання можна використувувати й конструкцію змішаного договору, особливо для забезпечення зобов'язань при договорі купівлі-продажу з відкладальною умовою [5, с.4].

Такі способи забезпечення мають певну специфіку і своє позитивне регулювання. Чинне законодавство України передбачає

особливі правові засоби забезпечення вимог кредиторів. Зокрема Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [6] від 18 листопада 2003 р. встановлено правовий режим регулювання обтяжень рухомого майна, встановлених з метою забезпечення виконання зобов'язань, а також правовий режим виникнення, оприлюднення, та реалізації інших прав юридичних і фізичних осіб стосовно рухомого майна. Для цієї мети введено категорію обтяжувача – уповноваженого органа при публічному обтяженні; кредитор за забезпеченим рухомим майном зобов'язанням; власник рухомого майна, котре знаходиться у володіння боржника; будь-яка інша особа, на користь якої встановлено договірне обтяження; особа, яка здійснює управління рухомим майном в інтересах кредитора.

За логікою цього закону введено й категорію «пріоритет» – переважне право обтяжувача відносно права іншої особи на те ж саме рухоме майно. Звідси за умов зіткнення інтересів декількох кредиторів на майно боржника, що обтяжене правами на нього, у тому числі й із забезпечувального зобов'язання, слід враховувати:

– вищий пріоритет – переважний пріоритет одного обтяжувача (кредитора) відносно пріоритету іншого на отримання задоволення своїх вимог щодо одного і того ж рухомого майна. Вищим пріоритетом є пріоритет продавця рухомих речей за договором купівлі-продажу в кредит з відстроченням або розстроченням платежу за умови реєстрації такого обтяження в установленому порядку (ст.15 ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»), що витікають з передачі цінних паперів за умови дотримання вимог чинного законодавства (ст.16 ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»), та інші, що встановлені законом;

– нижчий пріоритет – пріоритет одного обтяжувача, який підпорядковується пріоритету іншого обтяжувача, на отримання задоволення своїх вимог щодо одного і того ж рухомого майна. До забезпечувальних обтяжень згідно зі ст. 21 ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» віднесено: заставу рухомого майна, що виникає на підставі договору; право застави рухомого майна; право притримання рухомої речі; інші обтяження рухомого майна, які кваліфікуються як забезпечувальні, наприклад, той же секвестр.

Досить цікавими є договірні обтяження речі, до яких належать: передача рухомого майна повіреному або комісіонеру за договором доручення або за договором комісії; передача рухомого майна власником у строкове володіння та користування іншій особі, в тому числі згідно з договором найму; передача рухомого майна в управління, якщо договір управління майном забороняє управителю відчужувати передане в управління рухоме майно;

купівля-продаж рухомого майна з правом або з зобов'язанням зворотного викупу; купівля-продаж рухомого майна за умови збереження права власності за продавцем до моменту оплати товару; зобов'язання боржника передати право власності на рухоме майно обтяжувача за умови настання певної події у майбутньому; відступлення права вимоги; інші обтяження рухомого майна, які кваліфікуються як договірні.

Забезпечувальні засоби спрямовані на зменшення чи усунення можливості втрати майна та можуть бути названі мінімізаційними ризику кредитора від вступу у певні зобов'язання. Такий підхід дає можливість виділити основні способи забезпечення зобов'язання, спеціальні та інституційні.

У доктрині зобов'язального права склалось декілька розумінь юридичної природи способів забезпечення виконання зобов'язань. Якщо виходити із підстав їх встановлення, то можна виділити законні – безпосередньо передбачені законом чи іншим нормативним актом, і правочинні. Різновидом останніх та найбільшою групою є саме договірні. Проте визначають взагалі правочинні та договірні. Більш традиційним є поділ способів забезпечення зобов'язання на речові та зобов'язальні. Відповідно, перші максимально наближені до тих способів, що характерні праву на річ, інші – безпосередньо встановлюються договором. Ч.Н. Азімов диференціював всі види забезпечення зобов'язань за суб'єктивним складом на забезпечення зобов'язання: що здійснюється боржником (неустойка, завдаток); що здійснюється третьою особою (порука); що здійснюється як боржником, так і третьою особою (застава) [7, с.316]. Ми додамо, що здійснюється кредитором (утримання).

Крім того, способи забезпечення з виконання зобов'язань пропонується поділяти на ті, що входять до основного зобов'язання (неустойка, завдаток) та ті, що оформляються спеціальним договором (застава, порука). Тут же пропонується виділяти способи забезпечення зобов'язань за обсягом відповідальності: неустойка, що стягується за неналежне виконання і невиконання зобов'язань, та «всі інші види – за виконання зобов'язань» [7, с.316]. Якщо ми можемо погодитись із першим підходом, то не поділяємо другий. Обсяг відповідальності може бути повним (загальне правило) або частковим. Звідси підміна правових категорій призвела до змішування обсягу відповідальності та підстав для її застосування. Дійсно, більшість способів забезпечення зобов'язань не ставляться у залежність від виконання зобов'язання. Але негативні наслідки зв'язуються саме з ними. Поручитель, гарант повинен виконати своє акцесорне зобов'язання лише у тому разі, коли боржник не виконає своє зобов'язання сам. Завдаток взагалі спла-

чується наперед і не зв'язується з виконанням чи невиконанням зобов'язання боржником.

Гелевий О.І. пропонує більш широке розуміння способів забезпечення зобов'язання, а саме забезпечувальні засоби і класифікує їх в залежності від: а) джерела їх встановлення; б) кількості учасників, в) форми встановлення забезпечення; г) часом оформлення; д) мети; е) ступеня визначеності; ж) механізму застосування [8, с.7].

Способи забезпечення виконання зобов'язань виступають у формі додаткового зобов'язання до основного. Спосіб зобов'язання не застосовується у разі належного виконання основного зобов'язання чи його припинення, утім числі й шляхом визнання правочину недійсним. Це пояснюється тим, що відповідно до ч.2 ст.548 ЦКУ недійсне зобов'язання не підлягає забезпеченню, а тим більше недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено законом. Таким виключенням із загального правила є банківська гарантія. Відповідно до ст.562 ЦКУ встановлено незалежність банківської гарантії від основного зобов'язання. Більш того, зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання.

Водночас недійсність додаткового зобов'язання не впливає на долю основного. Так, якщо договір поруки буде визнано недійсним, то основне зобов'язання, стосовно якого встановлена недійсна порука зберігає свою чинність. Наприкінці слід зауважити, що може бути застосовано одночасно декілька видів зобов'язання.

**Список літератури:** 1. Цивільний кодекс України //Офіц. Вісник України. 2003. №11. Ст.461. 2. Бондар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. К., 2005. 3. Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. 4. Постанова КМ України «Про укладення угод з реструктурування простроченої станом на 1 січня 2004 р. заборгованості юридичних осіб за кредитами, залученими державою або під державні гарантії, та бюджетними позичками» від 10 серпня 2004 р. // Урядовий кур'єр. 2004. №46. 5. Лідовець Р.А. Змішані договори в цивільному праві України: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Львів, 2005. 6. Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 р. // Урядовий кур'єр. 2004. №6. 7. Цивільне право України. Частина перша. [Підручник для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти /Ч.Н. Азімов, М.М. Сібільов, В.І. Борисова та ін.]; За ред проф. Ч.Н. Азімова, доцентів С.Н. Приступи, В.М. Ігнатенка. Х., 2000. 8. Гелевий О.І. Неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 2003.

*Надійшла до редколегії 24.04.06*