

8. *Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.*

Кузьмич О.Я. Покладення виконання обов'язку боржника на третю особу: актуальні питання судової практики

В статті аналізуються проблеми застосування норм про покладення виконання обов'язку боржника на третіх осіб в судовій практиці, особлива увага присвячена питанням вчинення правочинів, якими опосередковується таке покладення.

Ключові слова: зобов'язання, боржник, договір, третя особа.

Кузьмич О.Я. Возложение исполнения обязанности должника на третье лицо : актуальные вопросы судебной практики

В статье анализируются проблемы применения норм о возложении исполнения обязанности должника на третьих лиц в судебной практике, особое внимание уделено вопросам совершения сделок, которыми опосредуется такое возложение.

Ключевые слова: обязательства, должник, договор, третье лицо.

Kuzmich O.Y. Putting the obligation of the debtor to a third party: issues of jurisprudence

The article deals with the application problems of imposing of the debtor obligation to third parties in judicial practice, special attention is devoted to the question of the transactions committing, which mediate such obligation.

Imposing the obligation of the debtor to a third party can use various contractual structures, including the participation of third parties (including structures contracts to a third person and the performance of third parties). Restrictions on this occasion might arise unless the specifics of certain liabilities for which other persons are involved; given the interests of the parties and the main obligations of third parties on which rests the obligation of the debtor transaction, which is mediated by a laying, the form must match the form of the transaction, under which there was a corresponding obligation.

Keywords: commitment, debtor, contract, third party.

Ляшенко О.В.

ОБМЕЖЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПО ДОГОВОРУ ПОРУКИ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

УДК 347.41-43(+ 32, 468, 755, 768) + 346.3(+ 6, 9)

Постановка завдання. Метою статті є дослідження питання обмеження відповідальності за договором поруки в Римському

праві, та його вплив на сучасну конструкцію договору поруки в цивільному праві України.

Науково-теоретичною базою дослідження є наукові праці вітчизняних і зарубіжних учених, а також енциклопедично-довідкова література.

Результати дослідження. За чинним законодавством України, зокрема Цивільним кодексом України [15] у ст. 1 та п.6 ст.3 закріплена основа цивільних, комерційних, господарських правовідносин - це юридична рівність, вільне волевиявлення, та зокрема наступні засади цивільного законодавства: свобода договору, справедливість, добросовісність та розумність.

Визначення зобов'язання бере свій початок в Інституціях Юстиніана і після століть залишається непорушним. [14, 349]

В Інституціях Юстиніана зобов'язання визнавалось наступним чином: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur aticuius solvendae rei secundum nostrae civitas iura* (I.3.13.pr.). - Зобов'язання це правові кайдани, в силу яких ми пов'язані необхідністю що-небудь виконати в згоді з правом нашої держави. [7, 264; 3, 428]

В якості суб'єктів будь-якого зобов'язання, як правило, виступали дві особи, які були чітко визначені: один - кредитор (*creditor*), інший - боржник (*debitor*). Крім того, існували зобов'язання з невизначеним, але визначаємим суб'єктом: це були «блукаючі» зобов'язання і так звані *obligationes propter rem* були і зобов'язання з безліччю діючих або пасивних суб'єктів (учасників). Я визначаю їх як так звані «часткові», «кумулятивні» і «солідарні» зобов'язання. «Блукаючі» зобов'язання (із спочатку невизначеним суб'єктом) представляють собою особливу модель римського права; як приклад можна вдатися до дивної теорії legata з зобов'язальним ефектом (наприклад, *per damnationem*) на користь найближчого родича, який був зобов'язаний першим йти за труною небіжчика (*de cuius: qui ex cognatis meis primus ad funus meum venerit*). [14, 353]

За Римським правом, для встановлення дійсного зобов'язання, взагалі не достатньо було простої угоди осіб, повинна була бути тільки встановлена форма договору, завдяки якій виникало

зобов'язання і мало повну юридичну силу. Такою формою в Римському праві, з давніх часів, була стипуляція. [12, 10-11]

Порука стала загальним способом забезпечення і зміцнення взагалі усіх зобов'язань і договорів. [13, 314-315]

Римське право часів Імператора Юстиніана знало три види поруки: *fidejussio*, *constitutum debiti alieni* та *mandatum qualificatum*, вони укладаються у формі стипуляції, причому для кожного з них існувала особлива стипуляційна формула. Отже, всі три вони належать до категорії так званих вербальних зобов'язань (*verborum obligationes*), але між тим, як *fidejussio* допускалася по відношенню до усіх зобов'язань, незалежно від форми їх вчинення і виникнення, *sponsio* та *fidepromissio* навпаки, будучи самі вербальними зобов'язаннями, понад того мали застосування лише до таких самих зобов'язань. *Sponsor* обіцяє, що кредитору буде надано те саме (*idem dari*), що обіцяв дати головний боржник, *fidepromissor* обіцяє те саме, що й головний боржник, отже їх обіцянка направлена безпосередньо і прямо на самий зміст головного боргу, але не як обіцянка *fidejussor*'а на прийняття на себе відповідальності за головним зобов'язанням (*idem fide tua esse jubes*). Форма встановлення зобов'язання, на погляд Римлян, зробила істотний вплив на юридичний зміст цього зобов'язання, раб, обіцяний за допомогою вербального зобов'язання, і той самий раб, обіцяний тій самій особі шляхом літерального зобов'язання, не були предметом одного і того ж боргу. Ця форма індивідуалізувала предмет боргу, тому *sponsor* і *fidepromissor* могли прийняти на себе одне й те саме зобов'язання, яке лежало на головному боржнику, лише за допомогою тієї самої форми зобов'язування, якою було встановлене головне зобов'язання. [13, 118, 175-176]

Стипуляція допускала приєднання до кредитора, або до боржника ще й інших осіб в якості самостійних кредиторів (*correi stipulandi*) або самостійних боржників (*correi promittendi*), додаткових кредиторів (*adstipulatio* - акцесорний [додатковий] вербальний контракт, згідно з яким додатковий кредитор [*adstipulator*, часто ним був - *procurator*] за дорученням головного кредитора і одночасно з ним зобов'язував боржника до виконання в тій же мірі [або в меншій]. У результаті [на відміну від - *solutionis*

causa adiectus] для нього виникає повне кредиторське право по відношенню до боржника, однак він зобов'язаний передати отримане головному кредитору [інакше той матиме проти нього actio mandati directa]; якщо він навмисне пробачить борг, то буде підданий штрафу [на підставі lex Aquilia]. - Adstipulatio заснована на особистій довірі і має суворо особистий характер [тому вона не успадковується; adstipulatio сина нічого не дає батькові, adstipulatio раба виключена]. - Очевидно, adstipulatio виникла з прагнення забезпечити сплату боргу після смерті кредитора [оскільки stipulatio post mortem була недійсною]; з розвитком стипуляції значення adstipulatio слабшає, в пізньому класичному праві вона припиняється. [1, 25]) або додаткових боржників (adpromissio - стипуляція, за допомогою якої будь-хто бере на себе чуже зобов'язання в якості додаткового боржника, основний вид поруки, завжди передбачає головне зобов'язання, має три форми: sponsio, fidepromissio, fideiussio). [1, 23; 7, 389]

Fideiussio (fideiubesl - гарантуєш?), більш нова форма adpromissio, могла застосовуватися у всіх видах зобов'язань, дія її була не обмежена в часі і могла передаватися у спадок. [8, 221]

Обов'язок поручителя не повинен бути обтяжливішим ніж обов'язок головного боржника. [12, 290]

Ius strictum (суворе право) і ius aequum (справедливе право). Терміни aequitas, aequum у вихідному сенсі означали «рівність, рівний». З їх допомогою люди бажали висловити уявлення про те, що юридична норма повинна застосовуватися так, щоб забезпечити однаковий підхід до двох практично однакових випадків. Але оскільки настання двох тотожних випадків уявити важко, aequitas повинна досягатися за допомогою урахування всіх приватних об'єктивних і суб'єктивних обставин у даній справі. У такому випадку aequitas стає синонімом «ідеальної справедливості» в сучасному розумінні цього слова, тобто в тому сенсі, що юридична норма, якщо вона буде застосована прямолінійно, так, що в даному конкретному випадку вона не відповідатиме ідеалу справедливості, допустить виникнення несправедливості, iniquitas («право, доведене до крайності, - та ж несправедливість»), summum ius summa iniuria, як свідчить знамените з вислів Цицерона). [9, 67]

В епоху розквіту римського класичного права знаменитий Папініан казав про ті, що трапляються, очевидно, на практиці випадки, коли не можна без фарби сорому вимагати процентів - *non sine rubore desiderabuntur usurae* (D.22.1.3.4). Ульпіан повідомляє, що не можна вимагати проценти на проценти у розмірі, що перевищує сам капітал - *supra duplum usurae*, і складні проценти - *usuratum usurae* (D.12.6.26.1). У кінці III ст., 290 р. н.е. Діоклетіан видає указ про те, щоб особи, які вимагають процентів на проценти, піддавалися безчестю (D.2.11.20). [7, 272]

Спочатку поручитель обмежувався тільки тим, що гарантував належне виконання зобов'язань боржником або відповідачем. Цього було достатньо і в інтересах кредитора (або позивача), і в інтересах самих поручителів. Перші поручителі були, скоріше родичами боржника або відповідача, щоб виручити його з біди, вони виступали на допомогу йому і ціною своєї поруки купляли йому відстрочення. [2, 75]

Законодавство про проценти і лихварство, як здається, перше порушило той відносний спокій, який наступив в цивільному законодавстві після видання XII таблиць. Високий позиковий процент - необхідний наслідок того стану речей, в яких вільна праця не досягла свого повного розвитку або взагалі проігнорована. Законодавча боротьба з лихварством слугує симптомом того, що голосу бідного народу дослухається державна влада, але, з іншого боку ця боротьба залишається безплідною, поки не зміняться суттєво самі економічні відносини і стан вільної праці. Законне обмеження позикового проценту входило в Рим у складі тих вимог, із-за здійснення яких боролись плебеї. Вже XII таблиць встановили максимум процентів (8 1/3 %) і штраф за лихварство, тобто за стягнення процентів понад визначеної норми. [2, 191]

Ще один закон, який встановив обмеження, загальне усім трьом видам поруки. А саме *Lex Cornelia*, який постановив, що ніхто не вправі зобов'язуватися в якості *fidejussor'a*, *sponsor'a*, або *fidepromissor'a* у продовж одного року за одного боржника і перед одним і тим же кредитором в забезпечення боргу понад суму 20,000 сестрецій. Далі цей закон забороняє поруку за таких умов в забезпечення «*pecunia credita*» (все, про що в момент вста-

новлення зобов'язання відомо, що воно складе предмет боргу). Закон розповсюджувався на борг строковий, але не на борг умовний. Закон не мав дію на випадок поруки в забезпечення приданого, боргу в силу духовного заповіту, поруки судової і притому необхідної, т.ч. даного за наказом судді, і на кінець усі необхідні по *lex de vicesima hereditatum*, забезпечення не підпорядковувались обмеженню *legis Corneliae*. В Юстиніановому праві ми не зустрічаємо на найменших слідів цього обмеження *fidejussio*, по всій ймовірності воно вийшло з обігу швидко по складанні Інституцій Гая. [13, 201-202; 3, 460]

Спеціальним законом (*lex Cicereia*, прибл. II ст. до н. е.) боржник зобов'язувався оголошувати заздалегідь, скільки порук встановлюється в забезпечення його боргу, і хто саме ці поручителі (невиконання цього обов'язку боржником давало право поручителям зажадати *praedudicium* і звільнитися від відповідальності за зобов'язанням). [6, 445]

Lex Apuleja залишив в силі солідарні відносини між декількома *consponsor*'ами і *fidepromissor*'ами, наданий ним захист був слабким і сумнівним, він не захищав інтерцедента проти платежу всього боргу, а лише давав йому право на відшкодування сплаченого понад належне його долі в частці, причому і це право залежало від спроможності співпоручителів під час користування ним. [13, 182]

Lex Furia знищив солідарні відносини, розмежував вимоги кредитора до *sponsor*'ів і *fidepromissor*'ів *ipso jure*, так що вони з самого початку повинні були лише пропорційну частку головного боргу, причому вирішальним для такого розподілу часом є той момент, коли кредитор має право вимагати платіж. [13, 183]

Закони про розкіш (*lex Oppia*) обмежили права жінок на спадщину (*lex Voconia*), були нормами, які позбавили права жінок приймати відповідальність за чужі борги (*Setum Vellejanum*). [4, 199]

У Римському праві перед усім звертає на себе увагу так зване *Senatus-consultum Vellejanum*, що усуває осіб жіночої статі від усяких угод інтерцесії, у тому числі й від поруки. [13, 272-273; 5, 217]

Що стосується історії цього закону, то Ульпіан зазначає, що вже Августом був виданий закон, який забороняв поруку дружин

за чоловіків, і що закон цей згодом був підтверджений Клавдієм, за яким, приблизно у 46 році за Р.Х., консулами Марком Силаном і Велесем внесений був у Сенат проект і ним же затверджений закон, який забороняв будь-яку інтерцесію жінки за будь-кого то не було, чоловіка її або сторонню особу. За загальним принципом, жінки усуваються від будь-якої громадської діяльності, особи жіночої статі завжди були неспроможні до процесуальної поруки, у видах обмеження їх від невігідних наслідків необдуманого і легковажно прийнятої на себе поруки, вони усувались від будь-якої взагалі поруки за виключенням за своїх чоловіків, що цілком безпечно і розумно було при первісній чистоті римських звичаїв. Але коли зі впливом часу, особливо за *lex Taetia*, спостерігався в римському суспільстві постійний і швидкий занепад моральності, що виразився у руйнуванні міцності подружнього союзу, виключення це зробилось вкрай небезпечним і з'явилась необхідність відгородити жінок саме від корисливих дій їх чоловіків, тому Августом була видана заборона поруки дружини за чоловіка. З метою усунення будь-яких сумнівів була видана Веллеянова Сенатська постанова, яка за свідченням Ульпіана заборонялась лише *fidejussio* та *mutuidatio*, остання є формою інтерцесії, яка відрізняється від першої відсутністю формального елементу. Заборона розповсюджувалась на усі взагалі угоди, за зовнішніми ознаками або матеріальному змісту своєму, які представляли інтерцесію. Заборона ця розповсюджувалась і на інтерцесію у формі мандату. [13, 273-275]

Крім обмежень осіб жіночої статі у здатності ручатися, Римське право знало також обмеження ще для деяких категорій осіб. Сюди перш за все відносяться особи духовні. У 546-му році Юстиніан видав закон за яким особи духовного звання усувались від поруки у всіх публічних діях, а саме: орендні контракти (за виключенням укладених церквою), опіка і процес. Цей закон каже лише про *fidejussio*, але якщо прийняти до уваги позитивно виражений в ньому мотив цього обмеження, то не має ніяких підстав на розповсюдження його і на випадки поруки у формі *constitutum*'а і *mandatum*'а *qualificatum*. В більш загальній формі постанова Юстиніана висловлена в конституції імперато-

ра Льва, це обмеження є більш ширшим у тому відношенні, що воно розповсюджується на усі взагалі «sponsiones», а не як закон Юстиніана лише на fidejussio «pro talibus causis». Римське право розвивалось канонічним правом, але з римського права прийнята була лише конституція Юстиніана, конституція Льва не отримала значення діючого права. [13, 296-298]

Обмеження осіб духовних визнавалось наданим їм законом пільгою, від якої вони могли відмовитись. Відповідно до цього вони вважались особами, не усуненими від поруки, а лише за непридатністю своєю фактично неспроможними. [13, 299]

Потім за Римським правом усувались від поруки особи військові. Юрист Павел зараховував осіб військових до непридатних поручителів, тобто тих, яких кредитор мав право не приймати, але які якщо прийняті ним, вважались дійсними поручителями, отже не безумовно усуває їх від поруки. Таке безумовне усунення з'явилося при імператорі Леві. Заборона розповсюджувалась не на усі випадки поруки, а навпаки малась на увазі лише порука за орендні контракти. [13, 300-301]

Крім цього Римське право забороняло поруку членам міських рад, *curiales*. До цього відноситься закон, виданий в 439 році імператорами Феодосієм та Валентиніаном і містить в собі позитивну заборону поруки, але не тільки лише об'явлення названих осіб непридатними поручителями, при цьому мається на увазі також й порука за орендними контрактами. [13, 302]

Висновки. Держава повинна вживати певних заходів охорони всіх учасників від зловживань недобросовісних осіб, захищати інтереси свідомо слабкої сторони окремих відносин, а в необхідних випадках має право і навіть зобов'язана примушувати учасників взаємовідносин дотримуватися суспільних (публічних), а не тільки приватних інтересів. [11, 20]

Стучка П.І. зазначає, що кількість роз'яснень Вищого суду має бути обмеженим, і Верховному суду доводиться писати: «Верхсуд надалі до видання особливого закону роз'яснює...». [10, 177]

Краще 10 зайвих статей, ніж один роз'яснюючий прогалину циркуляр. Потрібно провести серйозне перегрупування, роз'єд-

нати те, що штучно зшито, і поєднати те, що природно близьке. [10, 223]

Положення Цивільного кодексу України щодо поруки (ст. 554) не розкривають усіх положень, що притаманні інституту поруки, які мали широке застосування ще в римському праві і в цьому аспекті слухним було б прийняти окремий Закон щодо поруки, який врегулював би всі колізії та спірні правозастосовні моменти інституту поруки, що дало б можливість уникнути прийняття судами протилежних рішень у господарських, цивільних справах, та виключило б на майбутнє постійну зміну правових позицій вищих ланок судової влади.

Внаслідок проведеного аналізу пропонується на законодавчому рівні за правовідносинами в яких приймають участь фізичні та юридичні особи приватного права:

1) ввести поняття приватного (сімейного, непрофесійного) поручителя - поручителя, яким є фізична особа, яка не займається підприємницькою, комерційною діяльністю і виступає поручителем за зобов'язаннями будь-яких юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців,

2) позбавити поручителя, залученого без відома і згоди основного боржника - права регресного позову до основного боржника,

3) обмежити право дружини та чоловіка на укладення договорів порук при вже укладеному договорі застави спільного майна подружжя,

4) встановити, що укладенню договору поруки передують документальне підтвердження фінансової платоспроможності стану поручителя,

5) заборонити виступати поручителями керівникам органів управління юридичної особи за зобов'язаннями цих юридичних осіб де вони працюють.

1. *Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. - М.: Юрид.лит., 1989. - 448 с.*

2. *Гражданское права Древняго Рима, лекції Сергея Муромцева, профессора Московского Университета, Москва, Типографія А.И.Муромцева и Ко, Леонтевській пер., № 5, 1883, 697 с.*

3. *Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов / Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В. С. Нерсисянца, М.: Издательская группа ИНФРА М - НОРМА, 1996. - 704 с.*
4. *История Римского права пособие къ лекціямъ, профессора Московскаго университета В.М. Хвостова., Третье издание (исправленное и дополненное). Типографія Т-ва И.Д. Сытина, Пятницкая улица, свой домъ, Москва. - 1907. - 478 с.*
5. *Пандекты. Г. Дернбурга. Томъ второй. Выпуск третій русскаго перевода. Обязательственное право. Третье русское изданіе. Москва. 1911. 396 с.*
6. *«Римское частное право» Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. Москва. Юриспруденция. 2000. [Электронный ресурс] - Режим доступу: <http://bibliotekar.ru/rimskoe-pravo-2-2/154.htm>*
7. *Римское частное право [Текст]: Учебник / Под ред. Проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. - М.: ИКД "Зерцало-М", 2012. - 560 с.*
8. *Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник/Под ред. Д.В. Дождева - М.: Издательство БЕК, 2002. 400 с.*
9. *Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / Чезаре Санфилиппо; [пер. с итал. И. И. Маханькова]; под общ. ред. Д. В. Дождева. М.: Норма, 2007. 464 с.*
10. *Стучка П.И. Введение в теорию гражданскаго права. Издательство Коммунистической академии. Москва. 1928. с.*
11. *Суханов Е.А. Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть : учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В.С. и др.] ; отв. ред. - Е.А. Суханов. - 3-е изд., перераб и доп. - М.: Волтерс Клувер, 2006. - 720 с.*
12. *Учение о разделительныхъ обязательствахъ по Римскому праву и новейшимъ законодательствамъ. Сочиненіе К. Бернитейна. Д-ра права Берлинскаго университета. Санктпетербургъ. Типографія товарищества «Общественная польза», по Мойке, д. 5. 1871. 328 с.*
13. *«Учение о поручительстве по римскому праву и новейшимъ законодательствамъ» Сочинение Бар. А. Нолькена, Томъ первый. Санктпетербургъ. Типографія императорской академии наукъ (Вас. Остр., 9 лин., № 12.), 1884. 371 с.*
14. *Франчози Дж. Институционный курс римского права / Перевод с итальянскаго; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. - М.: Статут, 2004. - 428 с.*

15. *Цивільний кодекс України. [Електронний ресурс] - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1443620003787888>.*

Ляшенко О.В. Обмеження відповідальності по договору поруки за римським правом

Стаття присвячена аналізу випадків обмеження відповідальності за договором поруки. На базі Римського права та наукових досліджень поруки, проаналізовані відносини які виникають за договором поруки. Висловлений авторський погляд на проблематику і зроблений висновок щодо договору поруки за українським законодавством.

Ключові слова: Римське право, порука, угоди, договір поруки, позика, позичальник, боржник, поручитель.

Ляшенко О.В. Ограничение ответственности по договору поручительства по римскому праву

Статья посвящена анализу случаев ограничения ответственности по договору поручительства. На базе Римского права и научных исследований поруки, проанализированы отношения возникающие по договору поручительства. Высказанный авторский взгляд на проблематику и сделан вывод по договору поручительства по украинскому законодательству.

Ключевые слова: Римское право, поручительство, соглашения, договор поручительства, заем, заемщик, должник, поручитель.

Lyashenko O.V. Limitation of liability under the contract of guarantee under Roman law

The article analyzes the cases of limitation of liability under the contract of guarantee. On the basis of Roman law and research bail, analyzed the relationship arising under the contract of guarantee. Expressed the author's view of the issues and concluded the contract on bail by the Ukrainian legislation.

The provisions of the Civil Code of Ukraine about bail (art. 554) don't reveal all the provisions, peculiar to the Institute of bail and in this regard the adoption of a separate law about bail has to settle disputes of law enforcement, in particular by introducing such concepts as private (family, unprofessional) surety; the involvement of the surety only with the consent of the principal debtor, otherwise the surety is deprived of the right of regressive claim to the principal debtor; restrictions of the wife right and a husband on surety contracts; the check the financial condition of the guarantor's solvency; and the prohibition of bail to heads of government legal entity for the obligations of such legal entities.

Key words: Roman law, guarantee, agreement, contract of guarantee, loan, borrower, debtor or guarantor.