

тих прав і обов'язків, що продовжують існувати після набрання ним чинності.

2. У випадках, прямо передбачених законом, норми сімейного законодавства можуть регулювати сімейні відносини, що виникли на їх підставі, і після набрання чинності новим нормативним актом.

3. Норми сімейного законодавства не мають зворотної дії у часі, крім випадків, коли вони збільшують обсяг прав учасників сімейних відносин і якщо це прямо передбачено законом.

Надійшла до редколегії 14. 08. 06

І. Пучковська, доцент НЮА України

Щодо визначення характерних ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання

Питання щодо визначення того, які ж правові інструменти можуть бути віднесені до видів забезпечення виконання зобов'язання і відповідно використані сторонами договірною зобов'язання з метою забезпечення його виконання, не є простим. Проблема полягає в тому, що в законодавстві відсутня легальна дефініція виду забезпечення виконання зобов'язання, а законодавець, назвавши неустойку, поруку, заставу, гарантію, завдаток та притримання як види забезпечення виконання зобов'язань, залишив перелік цих видів відкритим.

Дослідники схильні розглядати види забезпечення виконання зобов'язань як заходи майнові, попередні, спеціальні, додаткові, акцесорні, встановлені на випадок невиконання зобов'язання, такі, що виконують функції стимулювання боржника до виконання зобов'язання та захисту прав кредитора на випадок невиконання зобов'язання боржником¹. У

¹ Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 31–33; Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 2002. – С. 659–66; Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 22; Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательств: Учеб. пособ. – Самара, 1997. – С. 4; Йоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – Т. III: Обязательственное право. – СПб., 2004. – С. 201–202; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – Изд. 3-е, стереотип. – М., 2001. – С. 480–481 та ін.

договірній практиці сторони зобов'язальних відносин використовують різні правові інструменти для забезпечення виконання зобов'язання боржником. Але чи можна ті чи інші правові інструменти відносити до видів забезпечення виконання зобов'язання у розумінні їх як заходів, передбачених гл. 49 ЦК України? Вважаємо, аби певні правові інструменти були віднесені до видів забезпечення виконання зобов'язань, вони повинні мати спільні риси, що дозволить віднести їх до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання як самостійного цивільно-правового інституту.

Перш за все ті чи інші правові інструменти необхідно розглядати під кутом зору положень норм глави ЦК, спеціально присвяченої забезпеченню виконання зобов'язань, а саме — загальним положенням про забезпечення виконання зобов'язання, розташованим у § 1 гл. 49 ЦК. Виходячи із назви та змісту статей, що складають загальні положення, ми бачимо, що законодавець видом (способом) забезпечення виконання зобов'язання називає певний правовий інструмент, який використовується для забезпечувальних цілей. За своєю природою цей правовий інструмент є зобов'язанням між зацікавленими особами, який виконує забезпечувальну функцію. Отже, можна поставити знак рівності між такими поняттями, як вид (спосіб) забезпечення виконання зобов'язання, забезпечувальне зобов'язання або забезпечення.

Метою цієї статті є з'ясування ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання, за наявності яких певні правові інструменти можуть бути віднесені до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання як самостійного інституту цивільного права. Для досягнення даної мети розглянемо поіменовані види забезпечення виконання зобов'язань на предмет спільних рис, що дозволяють об'єднати їх і підкорити вимогам гл. 49 ЦК відповідно до загальних положень про забезпечення виконання зобов'язання.

Розпочинаючи дослідження забезпечень, слід зазначити, що окремі способи забезпечення виконання зобов'язання достатньо висвітлені як у дореволюційній, так і в радянській правовій літературі. При цьому за радянських часів аналізувалися переважно способи забезпечення виконання господарських зобов'язань, найчастіше неустойка. Питанням же загальних положень про забезпечення зобов'язань дослідники приділяли дуже мало уваги. Крім того, ці питання і в законі в різні часи були врегульовані неповно і суперечливо. В сучасній цивілістичній літературі ці питання піднімаються деякими російськими дослідниками¹, але сталої

¹ Див.: *Латынцев А. В.* Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М., 2002; *Гонгало Б. М.* Вказ. праця; *Хохлов В. А.* Вказ. праця; *Рассказова Н. Ю.* Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // *Правоведение.* — 2004. — № 4. — С. 41-59.

думки щодо визначальних ознак і виконуваних забезпеченнями функцій ще не склалося.

Характеризуючи певний вид забезпечення виконання зобов'язання, вчені, як правило, називають ознаки, характерні для цього інституту в цілому. Але під час подальшого дослідження виявляється, що ці ознаки існують самі по собі, а перелік видів забезпечень розглядається як традиційний і про наявність виділених ознак при характеристиці певного виду забезпечення вже не згадується. Так, давно визнаним в доктрині цивільного права є твердження про те, що спосіб забезпечення зобов'язання створює між кредитором за цим зобов'язанням та особою, що забезпечує зобов'язання, зобов'язальне відношення, яке є додатковим (акцесорним) щодо основного зобов'язання. Традиційно додаткове (акцесорне) зобов'язання кваліфікується як зобов'язання, залежне від існування та дійсності основного, в зв'язку з чим воно поділяє його долю¹. У новому ЦК в загальних положеннях гл. 49 це положення знайшло законодавче закріплення. Так, у ст. 548 ЦК зазначено, що недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання. В свою чергу недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено цим Кодексом. Зрозуміло, що введення застереження «якщо інше не встановлено цим Кодексом» обумовлено включенням до видів забезпечення виконання зобов'язання гарантії, яка у новому ЦК має зовсім інший, порівняно з попереднім законодавством, зміст. Гарантію сьогодні сконструйовано як незалежне від основного зобов'язання. Так, у ст. 562 ЦК передбачено, що 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. Закріплення зазначеного положення означає, що нова правова конструкція гарантії не може належати до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання, для якого додатковість (акцесорність) забезпечень є визначальною ознакою. У такому вигляді, а саме як самостійне зобов'язання гаранта сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії

¹ Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар /За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2005. – С. 399; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Т. 2. – С. 33; Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – С. 659.

з правом на оплату наданої боржникові послуги, норми щодо гарантії претендують на виділення їх у окремих вид зобов'язань, що належить до договорів з надання фінансових послуг і відповідне розташування у Розділі III ЦК (можливо, поряд з договором факторингу). Договір гарантії, безумовно, має забезпечувальний характер, але він сконструйований законодавцем як самостійний, незалежний договір з надання фінансових послуг, і саме ця незалежність від долі основного зобов'язання не дозволяє відносити його, як це було раніше, до видів забезпечення виконання зобов'язання.

Враховуючи наведене вважаємо, що не можуть визнаватися видами забезпечення виконання зобов'язань правові інструменти, що мають забезпечувальний елемент, використання яких не передбачає існування додаткових (акцесорних) зобов'язань. Є багато правових інструментів, що містять у своїй конструкції забезпечувальний елемент, але, як слушно підкреслює В. Хохлов, види забезпечення виконання зобов'язань виділяються серед інших ще й тим, що за загальним правилом не є самостійними юридичними засобами, не можуть з'явитися без залежності від основного правовідношення¹.

Крім додатковості (акцесорності) як визначальної риси засобів забезпечення виконання зобов'язання, дослідники забезпечень наголошують на існуванні самого забезпечувального зобов'язання як такого, залежного, але окремого від зобов'язання основного. Б. Гонгало слідом за А. Маковським відмічає, що принципово необхідно відрізнити способи забезпечення виконання зобов'язань від передбачених законом чи договором умов виконання зобов'язань, багато з яких (про зарахування взаємних вимог, про акредитивну форму розрахунків, про переведення покупця за договором поставки на попередню оплату продукції та товарів тощо) мають яскраво виражений забезпечувальний характер. Схожість деяких цих умов із забезпеченнями зобов'язань посилюється тим, що вони можуть застосовуватись як наслідок неналежної у минулому поведінки боржника. Але на відміну від заходів забезпечення зобов'язань, які не визначають порядок його виконання і реалізуються лише у разі порушення зобов'язання, ці умови мають на меті попередити порушення зобов'язання саме шляхом установаження особливого порядку його виконання і застосовуються виключно на стадії виконання зобов'язання². Дійсно, встановлення в договорі поставки умови щодо попередньої оплати товару не створює додаткового зобов'язання між

¹ Див.: Хохлов В. А. Вказ. праця. – С. 6.

² Див.: Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 38.

постачальником і покупцем. В силу умов самого договору покупець зобов'язаний сплатити за товар. Попередня оплата гарантує забезпечення інтересів постачальника і тому є забезпечувальним заходом. Але цей захід – одна з умов договору, що визначає порядок виконання існуючого за договором обов'язку, а не окреме зобов'язання. Вид же забезпечення виконання зобов'язання – залежне від основного зобов'язання, що не має самостійного значення без зв'язку з іншим (основним) зобов'язанням, але це зобов'язання окреме. Воно може бути закріплене як в основному договорі, так і в окремому договорі, що укладається виключно з метою забезпечення виконання зобов'язання за основним договором, але це зобов'язання з своїм предметом, правами та обов'язками сторін, а не одна із умов основного договору. Саме в цьому полягає принципова різниця між видами забезпечення виконання зобов'язань, передбачених п. 49 ЦК, та зазначеними умовами договорів, що мають забезпечувальний елемент у самій конструкції договору. Правові інструменти не повинні зливатися з основним зобов'язанням. Якщо виконання зобов'язання здійснюється за рахунок юридичних механізмів, закладених у ньому самому, то вряд чи можна говорити про самостійний правовий інструмент, яким має виступати певний вид забезпечення виконання зобов'язання. Важливим моментом є те, що відокремленість забезпечувального зобов'язання від основного означає, що ці зобов'язання виникають з різних правових підстав. Так, основне зобов'язання виникає з домовленості сторін щодо передання майна, виконання робіт, надання послуг, а забезпечувальне – з домовленості сторін щодо створення альтернативного джерела виконання зобов'язання (майнового чи особистого) з метою задоволення інтересів кредитора на випадок порушення основного зобов'язання боржником.

Вказавши на додатковий (акцесорний) характер забезпечувальних зобов'язань та їх цінність як окремих правових інструментів, подивимось, які функції вони виконують. Розглядаючи поіменовані способи забезпечення виконання зобов'язань з точки зору виконання ними характерних функцій, Б. Гонгало зазначає, що одним забезпеченням приаманна стимулююча функція (неустойка, завдаток), другим - захисна функція (порука, гарантія), а третім – як стимулююча, так і захисна функція (застава та притримання)¹.

А. Латинцев, аналізуючи певні види забезпечення виконання зобов'язань, виділяє захисну та стимулюючу ознаки як приаманні засобам забезпечення виконання зобов'язання і наголошує на тому, що

¹ Див.: Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 33–34.

останні найбільш часто зазначаються дослідниками забезпечувальних відносин. При цьому він підкреслює, що захисна (або компенсаційна) ознака відображає властивості способів забезпечення виконання зобов'язань, що покликані компенсувати або відвернути несприятливі наслідки щодо кредитора, які виникають або можуть виникнути у разі порушення боржником умов забезпечених (основних) зобов'язань. А. Латинцев підкреслює, що дані властивості пов'язані з фігурою кредитора і починають грати свою роль після моменту, коли забезпечене зобов'язання повинно було бути виконане, але з якихось причин не було виконане належним чином боржником. У свою чергу, на думку дослідника, стимулююча ознака відображає властивості способів забезпечення виконання зобов'язань, спрямованих на спонукання боржника виконати забезпечене зобов'язання належним чином під страхом настання для нього несприятливих наслідків, в основному матеріального характеру. А. Латинцев зазначає, що ці властивості спрямовані на фігуру боржника і у більшій частині відіграють свою роль до моменту, коли забезпечене зобов'язання повинно було бути виконане. Підкреслюючи, що наведені ознаки взаємопов'язані і у певних способах важко визначити, яка з них домінує, він робить висновок про те, що обидві ознаки (захисна і стимулююча) спрямовані на охорону інтересів кредитора від порушення боржником забезпеченого договірною зобов'язання і що з правової точки зору механізм забезпечення у даному випадку полягає в наділенні забезпеченої сторони (кредитора) додатковими правами, крім основних прав за забезпеченим зобов'язанням¹.

Дійсно, висновок щодо додаткових прав або додаткового джерела, запасного варіанту задоволення вимог кредитора завдяки встановленим видам забезпечення виконання зобов'язання заслуговує на повну й безумовну підтримку. А от висновок про віднесення того чи іншого правового механізму до способів забезпечення виконання зобов'язання в зв'язку з притаманністю останньому одночасно двох названих ознак (захисної і стимулюючої) і відсутність будь-якої з них не дозволяє кваліфікувати правовий інструмент як спосіб забезпечення виконання зобов'язання², викликає певні сумніви. По-перше, сам автор як приклад, коли виду забезпечення виконання зобов'язання притаманні обидві ознаки, наводить лише заставу, що цілком зрозуміло, оскільки тільки заставі та притриманню серед поіменованих видів забезпечення виконання зобов'язання притаманна стимулююча і захисна функції. По-друге,

¹ Див.: *Латынцев А. В.* Вказ. праця. – С. 7.

² Див.: Там само. – С. 8.

інші дослідники підкреслюють, що одні із способів забезпечення виконання зобов'язань безпосередньо спрямовані на те, аби стимулювати боржника до виконання своїх обов'язків, другі – захистити інтереси кредитора, треті – як стимулювати боржника до належного виконання, так і захистити кредитора на випадок порушення зобов'язання. До перших одноголосно відносять неустойку та завдаток. Загроза втрати завдатку, як і можливість стягнення неустойки орієнтують боржника на виконання зобов'язання в натурі¹.

Як підкреслює Г. Шершеневич, неустойка та завдаток використовуються тоді, коли кредитор «надзвичайно зацікавлений в тому, аби боржник виконав ту саму дію, до якої він зобов'язувався. Тому він старається спонукати його до точного виконання побоюванням ще більш невідгодних наслідків при ухиленні»². Порука та гарантія покликані захистити інтереси кредитора на випадок порушення зобов'язання боржником. Безпосередньої мети стимулювання боржника до виконання зобов'язання тут немає, інтереси кредитора забезпечені можливістю стягнення грошової суми з поручителя або гаранта. Застава та притримання спонукують боржника до належного виконання зобов'язання, а у разі його порушення гарантують захист інтересів кредитора. Застава з самого моменту її встановлення стимулює боржника до виконання зобов'язання. Притримання ж як спосіб забезпечення виконання зобов'язання може фігурувати лише після порушення боржником своїх обов'язків, але з цього моменту притримання, безумовно, виконує стимулюючу функцію, оскільки якщо боржникові потрібне притримуване майно, він постарается виконати зобов'язання якнайшвидше. У разі ж, якщо стимулююча функція застави та притримання не досягла своєї мети, інтереси кредитора в зв'язку з порушенням зобов'язання боржником задовольняються за рахунок заставленого (притримуваного) майна, тобто завдяки здійсненню названими забезпеченнями захисної функції як визначальної функції забезпечень.

Як бачимо, виключно стимулюючу функцію дослідники називають при характеристиці лише таких видів забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка та завдаток, і це закономірно, оскільки саме неустойка та завдаток виступають формами цивільно-правової відповідальності.

На нашу думку, слід принципово відокремити види забезпечення виконання зобов'язань від заходів цивільно-правової відповідальності.

¹ Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 479; Гонгалло Б. М. Вказ. праця. – С. 33–34.

² Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула, 2001. – С. 379.

Це різні інститути, хоча їх роль щодо виконання зобов'язань досить близька. Останнє підтверджується тим, що певні форми цивільно-правової відповідальності, а саме неустойку та завдаток, традиційно прийнято вважати видами забезпечення виконання зобов'язання.

Досліджуючи такі способи забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка та завдаток, дослідники обов'язково підкреслюють додаткові втрати майнового характеру для боржника у разі невиконання зобов'язання і в зв'язку з цим вказують на стимулюючу функцію даних способів забезпечення виконання зобов'язання. Дійсно, цивільно-правова відповідальність тягне для боржника додаткові втрати у вигляді відшкодування збитків, сплати неустойки, втрати завдатку. І небажання нести їх спонукає особу до відповідної поведінки. Саме тому за заходами відповідальності безумовно визнана стимулююча (превентивна) функція¹.

Так, може, прийшов час зробити висновок про те, що неустойка та завдаток — це лише заходи цивільно-правової відповідальності, і не покладати на них подвійне навантаження — ще й видів забезпечення виконання зобов'язань? Дійсно, чи ж виконують неустойка та завдаток як види забезпечення виконання зобов'язання особливу стимулюючу функцію, якщо як заходи цивільно-правової відповідальності вони виконують стимулюючу функцію, завдяки чому їх традиційно і відносять до заходів відповідальності (ч.1 ст. 571, ст. 624 ЦК)?

Вважаємо, що неустойка та завдаток як забезпечення не виконують особливої стимулюючої функції, котра була б відмінною від виконання ними стимулюючої функції як заходів цивільно-правової відповідальності, як заходів державного примусу на випадок порушення зобов'язання у вигляді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру. Результатом застосування цивільно-правової відповідальності завжди є покладання на правопорушника негативних наслідків, і саме їх несприятливість, невивідність стимулюють учасників до належної поведінки.

Види забезпечення виконання зобов'язання спрямовані не на стимулювання боржника до виконання зобов'язання, а на захист кредитора від ризику його невиконання, і тому саме захисна функція має бути визначальною у питанні визнання того чи іншого правового інструмента видом забезпечення виконання зобов'язання, що останнім часом

¹ Див.: Гражданское право: Учебник. – Ч. I. – Изд-е 2-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1997. – С. 525; *Йоффе ОС*. Избранные труды: В 4 т. – Т. I: Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. – СПб., 2003. – С. 206–208.

підтримується в науковій літературі¹.

Очевидно, що на сторожі інтересів кредитора у зв'язку з невиконання боржником зобов'язання стоять інститути як цивільно-правової відповідальності, так і видів забезпечення виконання зобов'язання. Але мета цих інститутів різна і кожен з них відіграє певну, визначену йому законом роль. Так, цивільно-правова відповідальність встановлюється з метою попередження порушення зобов'язань та усунення їх наслідків у вигляді санкції за вчинене правопорушення. Інститут же забезпечення виконання зобов'язання має на меті забезпечити інтереси кредитора на випадок невиконання основного зобов'язання боржником за рахунок створеного додаткового, альтернативного джерела виконання. Це різні інститути і, як слушно підкреслює Н. Рассказова, заходи відповідальності не повинні визнаватися забезпеченнями саме тому, що різними є функції цих інститутів, ризику, проти яких спрямовані їх норми, а відмінні один від одного ризику усуваються в різні способи². Такої ж думки додержується й Б. Гонгало, вказуючи на «недопустимість віднесення до числа способів забезпечення зобов'язань норм права, договору, відповідальності». Він зазначає, що «не можна визнавати такими способами ті забезпечувальні заходи, які слугують інтересам не тільки учасників зобов'язання, а й інших юридичних відношень»³.

Таким чином, на наш погляд, як поіменовані види забезпечення виконання зобов'язання, так і нові правові механізми, що мають забезпечувальний елемент, можуть бути використані сторонами договірних відносин з метою підсилення гарантій щодо виконання боржником зобов'язання, задовольняючи вимоги обороту. З погляду теорії цивільного права перелічені у ст. 546 ЦК правові інструменти потребують перегляду на предмет можливості їх віднесення до інституту забезпечення виконання зобов'язання як самостійного інституту цивільного права. Йдеться про відсутність додатковості (акцесорності) як визначальної риси забезпечень у правовій конструкції гарантії та невиконання захисної функції, як основної функції забезпечень неустойкою та завдатком – формами цивільно-правової відповідальності.

Надійшла до редколегії 08.10.06

¹ Див.: Рассказова Н. Ю. Вказ. праця. – С. 46.

² Див.: Там само. – С. 56.

³ Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 33.