

**НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

БОНДАРЕНКО КАТЕРИНА СЕРГІЇВНА

УДК 347.238

ДИСЕРТАЦІЯ

РЕЧОВІ ВИДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

081 «Право»

08 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ **К. С. Бондаренко**

Науковий керівник:

Пучковська Ірина Йосипівна,
доктор юридичних наук, професор

Харків – 2025

АНОТАЦІЯ

Бондаренко К. С. Речові види забезпечення виконання зобов'язання.

– Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, Харків, 2025.

Дисертацію присвячено комплексному дослідженню теоретичних і практичних проблем сутності та змісту речових поймаєнованих і непоймаєнованих способів забезпечення виконання зобов'язань.

У дисертаційній роботі обґрунтовано підхід до розуміння речових способів забезпечення виконання зобов'язання як способів захисту, які застосовуються кредитором у разі порушення зобов'язання. На підставі цього зроблено висновок, що основними функціями способів забезпечення виконання зобов'язання виступають стимулююча та захисна, з яких захисна є основною функцією.

На підставі аналізу доктринальних джерел визначено, що головною ознакою способів забезпечення виконання зобов'язань, яка відрізняє їх від інших способів захисту прав кредитора, є наявність забезпечувального джерела – певного майна чи обов'язку третьої особи перед кредитором. На основі складу забезпечувального джерела запропоновано поділ способів забезпечення виконання зобов'язання на речові та особисті вважати визначальним.

У роботі доведено, що речові способи забезпечення є більш надійними, ніж особисті, оскільки задоволення вимог кредитора відбувається за рахунок певного майна й не залежить від платоспроможності боржника.

Сформульовано визначення речових способів забезпечення виконання зобов'язання як визначених договором, законом або рішенням суду способів захисту цивільних прав учасників договірних відносин, що встановлюються

на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання та надають кредитору право в такому випадку отримати задоволення своїх вимог за рахунок певного майна (спеціально призначеного для цього майнового забезпечувального джерела).

Обґрунтовано, що реалізація речового способу забезпечення здійснюється кредитором як у формі самозахисту, так і в юрисдикційній формі захисту прав. Право на реалізацію речового виду забезпечення виконання зобов'язання завжди належить кредитору за забезпеченим зобов'язанням і не може бути відступлене без передання прав вимоги за ним.

На основі існуючих в науковій літературі класифікацій способів забезпечення виконання зобов'язань класифіковано речові способи забезпечення за різними критеріями, зокрема:

- *за підставою встановлення*: законні, договірні, на підставі рішення суду;

- *за видом майна, що створює забезпечувальне джерело*: рухоме майно (застава рухомого майна, притримання, довірча власність), нерухоме майно (застава нерухомого майна (іпотека), довірча власність), грошові кошти (гарантійний платіж) майнові права (застава майнових прав);

- *за дією забезпечення*: безпосередньої дії (довірча власність, застава), опосередкованої дії (притримання, реалізація невитребуваного майна);

- *залежно від способу задоволення вимоги кредитора*: шляхом переходу до кредитора права власності на забезпечувальне майно (застава, довірча власність, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, договір репо), отримання грошової суми від реалізованого об'єкта забезпечення (застава, притримання, довірча власність, реалізація невитребуваного майна), безпосереднє зарахування кредитором грошових коштів (гарантійний платіж);

- *за нормативною визначеністю*: пойменовані – закріплені в законі в якості способів забезпечення (застава, притримання, довірча власність), непойменовані – не закріплені законодавчо в якості способів забезпечення (гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою,

забезпечувальне зберігання речей, реалізація невитребуваного майна, договори репо).

Встановлено, що накладення судом за заявою кредитодавця арешту на майно, яке було предметом застави (у разі визнання недійсним кредитного договору чи договору застави), є прикладом застави на підставі рішення суду. В такий спосіб суд зберігає забезпечувальне джерело (раніше заставлене майно) в інтересах кредитора на випадок можливого порушення боржником-позичальником встановленого судом обов'язку щодо повернення ним позичених у кредитодавця коштів.

Доведено, що положення про право застави необхідно розмістити у ЦК України серед інших речових прав на майно (Книга третя ЦК України «Право власності та інші речові права»). Заставу ж, як речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання, необхідно залишити серед інших способів забезпечення (ст. 546 ЦК України), що відображатиме її призначення як майнового забезпечувального джерела, встановленого для захисту прав кредитора на випадок можливого порушення зобов'язання боржником.

Досліджено особливості притримання як речового способу забезпечення виконання зобов'язання, який може застосовуватися кредитором без попередньої домовленості про це з боржником, внаслідок факту порушення останнім зобов'язання. Доведено, що його використання кредитором як способу забезпечення виконання зобов'язання потребує повідомлення боржника про його застосування.

З метою правової визначеності запропоновано підтримати пропозиції науковців щодо обмеження права кредитора притримувати річ боржника строком позовної давності за основним зобов'язанням.

Розкрито значення права довірчої власності як речового способу забезпечення виконання зобов'язання. Встановлено, що майно, передане кредиту-довірчому власнику є забезпечувальним джерелом цього речового способу забезпечення виконання зобов'язання і надійно захищає майнові інтереси кредитора, якщо боржник порушує свій обов'язок за договором

позики чи кредитним договором.

Запропоновано залишити право власності за довірчим засновником протягом існування режиму довірчої власності, виключивши з чинного законодавства положення ч. 3 ст. 597-1 ЦК України про припинення права власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність. Такий підхід відповідатиме законодавчим положенням про режим довірчої власності, який встановлений для договорів управління майном (гл. 70 ЦК України). При цьому, хоча довірчий засновник зберігатиме статус власника, на період існування режиму довірчої власності можливість здійснення ним своїх правомочностей власника виключається.

На основі аналізу наукової літератури та судової практики встановлено, що найбільш розповсюдженими на практиці непойменованими речовими способами забезпечення виконання зобов'язань є: гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, реалізація невитребуваного майна, забезпечувальне зберігання речей, договори репо. Такі способи забезпечення виконання зобов'язань, подібно до поймаєнованих, передбачають встановлення в інтересах кредитора забезпечувального джерела у вигляді певного майна, за допомогою якого кредитор стимулює боржника до належного виконання зобов'язання та захищає свої інтереси у разі його порушення, задовольняючи за його рахунок вимоги до боржника. Непойменовані способи забезпечення виконання зобов'язань можуть встановлюватися як законом, так і договором і визначені законодавцем як «інші» забезпечення в ч.2 ст. 546 ЦК України.

Надано авторське визначення гарантійного платежу, під яким розуміється речовий непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що спирається виключно на грошову суму, яку боржник передає кредитору для створення забезпечувального джерела, що дозволяє останньому без звернення до суду задовольнити свої вимоги у разі порушення боржником основного зобов'язання (включаючи відшкодування збитків та сплату неустойки). У випадку ж належного виконання зобов'язання боржником

гарантійний платіж повертається останньому або зараховується в належні за договором платежі (в рахунок виконання основного зобов'язання).

Обґрунтовано нагальну необхідність законодавчого регулювання гарантійного платежу як розповсюдженого на практиці непойменованого речового способу забезпечення виконання зобов'язань із закріпленням його максимальних розмірів та обов'язкового нарахування відсотків на користь боржника за період користування кредитором цими коштами (на підставі ст. 536 ЦК України), якщо боржник належно виконає взятє на себе зобов'язання.

Доведено, що значення речового способу забезпечення договорів купівлі-продажу під відкладальною умовою набуває тільки якщо використовується для створення забезпечувального джерела на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання.

На підставі аналізу правової природи договорів купівлі-продажу під відкладальною умовою та договорів купівлі-продажу зі зворотним викупом доведено, що обидві конструкції можуть функціонувати як непойменовані речові способи забезпечення виконання зобов'язань, проте відрізняються моментом переходу права власності на забезпечувальне джерело до кредитора. У договорах забезпечувальної купівлі-продажу під відкладальною умовою право власності до кредитора переходить тільки у зв'язку з фактом порушення боржником зобов'язання. У договорах купівлі-продажу зі зворотним викупом моментом переходу права власності є вчинення першого продажу майна (перша частина договору).

Запропоновано внести зміни до Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в частині заборони відчуження об'єкта нерухомого майна за договором забезпечувальної купівлі-продажу під відкладальною умовою як обтяження права власності на користь кредитора в межах строку дії основного зобов'язання.

Вперше пропонується реалізацію невитребуваного майна вважати непойменованим речовим способом забезпечення виконання зобов'язання,

який спирається на таке забезпечувальне джерело, як невитребуване протягом встановленого законом часу майно боржника, за рахунок реалізації якого кредитор: 1) звільняється від тягара володіння річчю; 2) задовольняє свої майнові вимоги до боржника за порушенням зобов'язанням в порядку самозахисту.

Доведено, що забезпечувальне зберігання речей (договірне притримання) є речовим непойменованим способом забезпечення виконання зобов'язання, що змістовно відрізняється від реалізації невитребуваного майна (як іншого непойменованого речового способу забезпечення) та договору ескроу (який не є непойменованим речовим способом забезпечення оскільки спрямований на гарантування належного виконання зобов'язання, а не на захист прав кредитора на випадок їх можливого порушення).

Встановлено, що забезпечувальне зберігання речей полягає в передачі боржником майна (як забезпечувального джерела) на зберігання кредитору, за допомогою якого останній може задовольнити свої вимоги в неюрисдикційному порядку у разі порушення боржником зобов'язання. Обґрунтовано, що вартість переданого за договором забезпечувального джерела, повинна бути достатньою для задоволення можливих вимог кредитора за основним зобов'язанням.

Досліджено сутність договору репо як договору зворотної купівлі-продажу, що виступає в якості речового непойменованого способу забезпечення виконання зобов'язання. На основі аналізу його правової природи запропоновано розширити можливості укладення таких договорів не тільки щодо цінних паперів, а й щодо інших видів майна.

Ключові слова: речові способи забезпечення виконання зобов'язань, захист цивільних прав, договірні відносини, забезпечувальне джерело, застава, притримання, довірча власність, гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, реалізація невитребуваного майна, договір репо.

ANNOTATION

Bondarenko K. S. Material types of security for the performance of obligations. – Qualifying scientific work on the rights of a manuscript.

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 «Law».
– Yaroslav Mudryi National Law University, Ministry of Education and Science of Ukraine, Kharkiv, 2025.

The dissertation is devoted to a comprehensive study of theoretical and practical problems of the essence and content of material named and unnamed methods of securing the performance of obligations.

The dissertation substantiates an approach to understanding material methods of securing the performance of obligations as methods of protecting civil rights, which are applied by the creditor in case of breach of obligation. Based on this, the paper concludes that the main functions of methods of securing the performance of obligations are stimulating and protective, of which the protective is the main function.

Based on the analysis of doctrinal sources, it is determined that the main feature of methods of securing the performance of obligations, which distinguishes them from other methods of protecting the creditor's rights, is the presence of a security source – certain property or the obligation of a third party to the creditor. Based on the composition of the security source, it is proposed to consider the division of methods of securing the performance of obligations into material and personal as determinative.

The study proves that material methods of security are more reliable than personal ones, since the satisfaction of the creditor's claims occurs at the expense of certain property, and does not depend on the solvency of the debtor.

The definition of material methods of securing the performance of obligations is formulated as methods of protecting civil rights of participants in contractual relations established by contract, law or court decision, which are established in case

of possible breach by the debtor of the main obligation and give the creditor the right in such a case to receive satisfaction of their claims at the expense of certain property or sum of money (a specially designated property security source).

It is substantiated that the implementation of the material method of security is carried out by the creditor both in the form of self-defense and in the jurisdictional form of rights protection. The right to implement the material type of security for the performance of the obligation always belongs to the creditor under the secured obligation and cannot be assigned without the transfer of rights of claim under it.

Based on the classifications of methods of securing the performance of obligations existing in the scientific literature, a classification of material methods of security is provided according to various criteria:

- *according to the basis of establishment*: legal, contractual, on the basis of a court decision;

- *according to the type of property that creates a security source*: movable property (pledge of movable property, retention, trust ownership), immovable property (pledge of immovable property (mortgage), trust ownership), monetary funds (guarantee payment), property rights (pledge of property rights);

- *according to the effect of security*: direct action (trust ownership, pledge), indirect action (retention, realization of unclaimed property);

- *depending on the method of satisfying the creditor's claim*: by transferring to the creditor the right of ownership to the security property (pledge, trust ownership, security purchase and sale under condition, repo agreement), receiving a sum of money from the realized security object (pledge, retention, trust ownership, realization of unclaimed property), direct crediting of funds by the creditor (guarantee payment);

- *according to normative certainty*: named – fixed in law as methods of security (pledge, retention, trust ownership), unnamed – not legally fixed as methods of security (guarantee payment, security purchase and sale under condition, security storage of things, realization of unclaimed property, repo agreements).

It has been established that the imposition by a court, upon the creditor's

request, of an arrest on property that was the subject of a pledge (in case the pledge agreement is declared invalid) is an example of a pledge based on a court decision. In this way, the court preserves the security source (previously pledged property) in the interests of the creditor in case of possible violation by the debtor-borrower of the court-established obligation to return the funds borrowed from the creditor.

It has been proven that provisions concerning the right of pledge should be placed in the Civil Code of Ukraine among other property rights (Book Three of the Civil Code of Ukraine "Ownership and Other Property Rights"). The pledge as a material method of securing the performance of an obligation should remain among other security methods (Art. 546 of the Civil Code of Ukraine), which would reflect its purpose as a property security source established to protect the creditor's rights in case of possible violation of the obligation by the debtor. The features of retention as a material method of securing the performance of obligations, which can be applied by the creditor without prior agreement with the debtor, due to the fact of breach of the obligation by the latter, are studied. It is proved that its use by the creditor as a method of securing the performance of the obligation requires notification to the debtor of its application.

For the purpose of legal certainty, it is proposed to support the proposals of scientists to limit the creditor's right to retain the debtor's thing by the limitation period for the main obligation.

The significance of the right of trust ownership as a material method of securing the performance of the obligation is revealed. It is established that the property transferred to the creditor-trustee is the security source of this material method of securing the performance of the obligation and reliably protects the property interests of the creditor if the debtor breaches his obligation under the loan agreement or credit agreement.

It is proposed to leave the right of ownership with the trust founder during the existence of the trust ownership regime, excluding from the current legislation the provisions of Part 3 of Art. 597-1 of the Civil Code of Ukraine on the termination of the right of ownership of a person who transferred his property to trust ownership.

This approach will correspond to the legislative provisions on the regime of trust ownership, which is established for property management agreements (Chapter 70 of the Civil Code of Ukraine). At the same time, although the trust founder will retain the status of owner, during the period of existence of the trust ownership regime, the possibility of exercising his powers as an owner is excluded.

Based on the analysis of scientific literature and judicial practice, it is established that the most common unnamed material methods of securing the performance of obligations in practice are: guarantee payment, security purchase and sale under condition, realization of unclaimed property, security storage of things, repo agreements. Such methods of securing the performance of obligations, similar to the named ones, provide for the establishment in the interests of the creditor of a security source in the form of certain property, with the help of which the creditor stimulates the debtor to properly fulfill the obligation and protects his interests in case of its breach, satisfying his claims to the debtor at its expense. Unnamed methods of securing the performance of obligations can be established both by law and by contract and are defined by the legislator as "other" security in Part 2 of Art. 546 of the Civil Code of Ukraine.

The author's definition of a guarantee payment is provided, which is understood as a material unnamed method of securing the performance of obligations, which exists exclusively in monetary form, and which the debtor transfers to the creditor to create a security source that allows the latter to satisfy his claims without recourse to the court in case of breach by the debtor of the main obligation (including compensation for damages and payment of penalties). In the case of proper performance of the obligation by the debtor, the guarantee payment is returned to the latter or credited to payments due under the contract (towards the performance of the main obligation).

The urgent need for legislative regulation of the guarantee payment as a widespread in practice unnamed material method of securing the performance of obligations with the fixation of its maximum amounts and mandatory accrual of interest in favor of the debtor for the period of use by the creditor of these funds

(based on Art. 536 of the Civil Code of Ukraine), if the debtor properly fulfills the obligation, is substantiated.

It is proved that a purchase and sale agreement under condition acquires the character of a security structure only if it is used to create a security source in case of possible breach by the debtor of the main obligation.

Based on the analysis of the legal nature of purchase and sale agreements under condition and purchase and sale agreements with buyback, it is proved that both structures can function as unnamed material methods of securing the performance of obligations, but differ in the moment of transfer of ownership of the security source to the creditor. In security purchase and sale agreements under condition, the right of ownership passes to the creditor only in connection with the fact of the debtor's breach of the obligation. In purchase and sale agreements with buyback, the moment of transfer of ownership is the execution of the first sale of the property (the first part of the agreement).

It is proposed to amend the Law of Ukraine "On State Registration of Rights to Real Estate and Their Encumbrances" in terms of prohibiting the alienation of a real estate object under a security purchase and sale agreement as an encumbrance of ownership in favor of the creditor within the term of the main obligation.

For the first time, it is proposed to consider the realization of unclaimed property as an unnamed material method of securing the performance of the obligation, which relies on such a security source as the debtor's property unclaimed during the time established by law, at the expense of which the creditor: 1) is freed from the burden of possession of the thing; 2) satisfies his property claims to the debtor for the breached obligation in the order of self-defense.

It is proved that security storage of things (contractual retention) is a material unnamed method of securing the performance of the obligation, which differs in content from the realization of unclaimed property (as another unnamed material method of securing the performance of the obligation) and the escrow agreement (which is not a security structure as it is aimed at guaranteeing the proper performance of the obligation, and not at protecting the rights of the creditor in case

of breach).

It is established that security storage of things consists in the transfer by the debtor of property (as a security source) to the storage of the creditor, with the help of which the latter can satisfy his claims in a non-jurisdictional manner in case of breach by the debtor of the obligation. It is substantiated that the value of the security source transferred under the agreement should be sufficient to satisfy the possible claims of the creditor under the main obligation.

The repo agreement is analyzed as a reverse purchase and sale agreement, which acts as a material unnamed method of securing the performance of the obligation. Based on the analysis of its legal nature, it is proposed to expand the possibilities of concluding such agreements not only regarding securities but also regarding other assets (movable and immovable property).

Keywords: material methods of securing the performance of obligations, protection of civil rights, contractual relations, security source, pledge, retention, trust ownership, guarantee payment, security purchase and sale under condition, realization of unclaimed property, repo agreement.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковано основні результати дисертації:

1. Бондаренко К. С. До проблеми класифікації видів забезпечення виконання зобов'язання. *Журнал східноєвропейського права*. 2023. Вип. 116. С. 75–82. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10206383>
2. Бондаренко К. С. Правова природа довірчої власності та особливості її запровадження як способу забезпечення виконання зобов'язання. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. Вип. 11. С. 131–134. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-11/29>
3. Бондаренко К. С. Гарантійний платіж – непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язання. *Юридичний вісник*. 2024. Вип. 1. С. 226–232. <https://doi.org/10.32782/yuv.v1.2024.24>

4. Бондаренко К. С. Особливості правової природи застави як речового способу забезпечення виконання зобов'язання. *Журнал східноєвропейського права*. 2024. Вип. 121. С. 74–80. <https://doi.org/10.5281/zenodo.11062175>

5. Бондаренко К. С. Притримання та грошове притримання: дії правових механізмів поймаєного та непоймаєного способів забезпечення виконання зобов'язання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2024. Вип. 102. С. 10–16. <https://doi.org/10.32782/apdp.v102.2024.2>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Бондаренко К. С. Право довірчої власності як особливий вид забезпечення виконання зобов'язання: перспективи застосування в Україні. *Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України* : зб. матеріалів доп. учасн. XIX наук.-практ. конф., присвяч. 99-й річниці з дня народження д.ю.н., проф. В. П. Маслова (м. Харків, 12 берез. 2021 р.). Харків, 2021. С. 317–320.

7. Бондаренко К. С. Особливості використання джерела права при дослідженні теми «Речові види забезпечення виконання зобов'язання». *Джерела в наукових юридичних дослідженнях* : зб. матеріалів доп. учасн. аспірантського круглого столу (м. Харків, 20-21 трав. 2021 р.). Харків, 2021. С. 17–19.

8. Бондаренко К. С. Переваги та ймовірні виклики запровадження інституту довірчої власності як нового виду забезпечення виконання зобов'язання. *Сучасне суспільство і наука: актуальні дослідження молодих науковців* : зб. матеріалів доп. учасн. Інтернет-конф. іноземними мовами (м. Харків, 27 трав. 2021 р.). Харків, 2021. С. 36–39.

9. Бондаренко К. С. Забезпечення зобов'язань довірчою власністю. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав* : зб. матеріалів доп. учасн. практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (м. Харків, 15 груд. 2021 р.). Харків, 2021. С. 170–172.

10. Бондаренко К. С. До питання про ознаки та функціонування видів забезпечення виконання зобов'язань. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : зб. матеріалів доп. учасн. XX наук.-практ. конф., присвяч. 100-й річниці з дня народження проф. В. П. Маслова (м. Харків, 4 лют. 2022 р.). Харків, 2022. С. 413–415.

11. Бондаренко К. С. Особливості правової природи та функції забезпечувального (гарантійного) платежу як виду забезпечення виконання зобов'язання. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні* : зб. матеріалів доп. учасн. практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (м. Дніпро, 16 груд. 2022 р.). Дніпро : ФОП Середняк Т.К., 2022. С. 224–228.

12. Бондаренко К. С. Непойменовані договори та непойменовані способи забезпечення виконання зобов'язання в науці цивільного права та законодавстві. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : зб. матеріалів доп. учасн. XX наук.-практ. конф., присвяч. 102-й річниці з дня народження проф. В. П. Маслова (м. Харків, 9 лют. 2024 р.). Харків : ЕКУС, 2024. С. 113–116.

13. Бондаренко К. С. Речові види забезпечення виконання зобов'язання в цивільному законодавстві: зарубіжний досвід. *Професійний розвиток: методологічна основа та інноваційні технології* : зб. матеріалів доп. учасн. Всеукр. наук.-педагог. підвищення кваліфікації (м. Львів, 1 січня – 11 лютого 2024 р.). Львів, 2024. С. 36–39.

14. Бондаренко К. С. Особливості речових видів забезпечення виконання зобов'язання. *Організаційно-правові аспекти публічного управління в Україні* : зб. матеріалів XI Міжнар. наук.-практ. конф. Інтернет-конф. (м. Полтава, 25 квіт. 2024 р.). Полтава : Національний університет «Полтавська політехніка імені Юрія Кондратюка», 2024. С. 245–247.

15. Бондаренко К. С., Кушнір В. А. Особливості довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання. *Тези 76-ї наукової конференції*

професорів, викладачів, наукових працівників, аспірантів та студентів Національного університету «Полтавська політехніка імені Юрія Кондратюка». Т. 2. (м. Полтава, 14–23 трав. 2024 р.). Полтава : Національний університет імені Юрія Кондратюка, 2024. С. 141–142.

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1. РЕЧОВІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В СИСТЕМІ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ	14
1.1. Функціональне призначення, ознаки, склад та місце речових видів забезпечення виконання зобов'язання серед інших забезпечень	14
1.2. Класифікація видів забезпечення виконання зобов'язання та речових забезпечень	39
Висновки до розділу 1.....	58
РОЗДІЛ 2. ПОЙМЕНОВАНІ РЕЧОВІ ВИДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ	61
2.1. Застава	61
2.2. Притримання	83
2.3. Довірча власність	105
Висновки до розділу 2	128
РОЗДІЛ 3. НЕПОЙМЕНОВАНІ РЕЧОВІ ВИДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ	133
3.1. Гарантійний платіж	133
3.2. Забезпечувальна купівля-продаж під умовою	150
3.3. Реалізація невитребуваного майна та забезпечувальне зберігання речей	158
3.4. Договори репо	172
Висновки до розділу 3	183
ВИСНОВКИ	188
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	196
ДОДАТОК	217

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Актуальність наукових досліджень речових видів забезпечення виконання зобов'язань зумовлена необхідністю формування комплексного підходу до вдосконалення цивілістичної доктрини в контексті модернізації правового регулювання зобов'язальних відносин. Речові способи забезпечення виконання зобов'язань, на відміну від особистих, характеризує наявність забезпечувального джерела у вигляді майна, що слугує гарантією задоволення вимог кредитора незалежно від волі та платоспроможності боржника. Так, речові поименовані способи забезпечення (застава, притримання, довірча власність) встановлюють безпосередній юридичний зв'язок кредитора з майном, що слугує забезпеченням, незалежно від волі боржника, тоді як особисті забезпечення (порука, гарантія) засновані на вимозі кредитора до третьої особи, і залежать від її добросовісності. Крім того, механізм реалізації речового способу забезпечення є чітким та передбачуваним, що мінімізує ризики для кредитора та гарантує своєчасне та повне задоволення його вимог.

Необхідно наголосити на тому, що аналіз цивільного законодавства дозволяє стверджувати, що речові способи забезпечення виконання зобов'язань не обмежуються їх поименованими видами: заставою, притриманням, довірчою власністю, а існують і у формі інших забезпечувальних конструкцій, які спираються на майнове забезпечувальне джерело та встановлюються на випадок можливого порушення зобов'язання боржником з метою захисту прав кредитора за його рахунок.

Науково-теоретичне підґрунтя проведеного дослідження забезпечили праці таких науковців, як: Ч. Н. Азімов, А. Ю. Бабаскін, Т. В. Боднар, В. І. Борисова, А. М. Гужва, А. Г. Донець, І. С. Канзафарова, Т. М. Карнаух, О. С. Кізлова, Н. С. Кузнєцова, О. О. Кот, В. І. Крат, Р. А. Майданик, С. О. Погрібний, А. О. Покровська, В. Д. Примаєв, І. Й. Пучковська, В. М. Слома, І. В. Спасибо-Фатєєва, М. В. Ус, Є. О. Харитонов,

О. І. Харитонova, Л. С. Шимон та ін.

Якщо питання окремих поійменованих речових способів забезпечення виконання зобов'язань були предметом дослідження багатьох науковців, то комплексного аналізу усієї системи речових способів забезпечення (поійменованих та непоійменованих) у цивілістичній науці України немає. Останнє можна пояснити тим, що для віднесення певної забезпечувальної конструкції до непоійменованого речового виду забезпечення необхідно здійснити ґрунтовний аналіз законодавчо закріплених (поійменованих) видів забезпечення з метою виявлення їх спільних ознак. Лише за умови виявлення характерних ознак речових поійменованих способів забезпечення можуть бути сформульовані критерії для визнання певної забезпечувальної конструкції непоійменованим речовим видом забезпечення, що дозволить сформувати критерії для їх класифікації та ефективного застосування на практиці.

Враховуючи сучасні практичні виклики та положення цивільного законодавства України щодо можливості застосування учасниками договірних відносин «інших» забезпечувальних конструкцій, дослідження класичних (поійменованих) та пошук непоійменованих речових способів забезпечення виконання зобов'язання дозволить удосконалити існуючі та виявити нові ефективні механізми захисту прав кредитора у договірних зобов'язаннях, що підтверджує актуальність та практичну значущість дослідження.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертації, затверджена на засіданні вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого від 11 листопада 2020 р. (протокол № 4), виконана згідно з планом науково-дослідних робіт кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого в межах державної цільової комплексної програми «Проблеми ефективності правового регулювання цивільних відносин в Україні» (№ 0111u000963).

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є отримання наукових та практичних висновків щодо розвитку речових видів забезпечення виконання зобов'язання у договірних відносинах, виявлення

проблемних аспектів правозастосування речових забезпечень, а також надання обґрунтованих пропозицій та рекомендацій для їх вирішення.

Визначена мета зумовлює необхідність вирішення таких *завдань*:

- з'ясувати правову природу інституту способів забезпечення виконання зобов'язань;
- визначити функції та характерні ознаки речових способів забезпечення виконання зобов'язань;
- розробити класифікацію речових способів забезпечення виконання зобов'язань з урахуванням їх специфіки;
- розкрити поійменовані речові види забезпечення виконання зобов'язань;
- визначити неpojменовані речові види забезпечення виконання зобов'язань;
- розробити рекомендації щодо шляхів вирішення теоретичних та практичних проблем застосування речових поійменованих та неpojменованих способів забезпечення виконання зобов'язань на практиці.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у процесі встановлення та реалізації речових способів забезпечення виконання зобов'язань.

Предмет дослідження – речові поійменовані та неpojменовані способи забезпечення виконання зобов'язання.

Методи дослідження. Методи, використані у роботі, були обрані відповідно до визначеної мети та завдань з урахуванням специфіки об'єкта та предмета наукового пошуку.

Для досягнення поставленої мети в процесі наукового дослідження використовувалися загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання. Діалектичний метод дозволив дослідити речові способи забезпечення виконання зобов'язань, з урахуванням їх особливостей та місця серед інших видів забезпечення, забезпечувальних конструкцій та способів захисту (використано по всій роботі). Застосування історичного методу дозволило

простежити еволюційний розвиток та становлення речових способів забезпечення виконання зобов'язання в їх історичній ретроспективі (підрозділ 1.1). Метод системного аналізу надав можливість визначити місце речових видів забезпечення серед інших видів забезпечення (підрозділ 1.1) та здійснити їх класифікацію (підрозділ 1.2). Використання методів абстрагування й узагальнення, аналізу і синтезу дозволило виявити визначальну ознаку видів забезпечення - забезпечувальне джерело, за змістом (характером) якого здійснюється поділ видів забезпечення на особисті та речові. Зазначений метод також дозволив виявити взаємозв'язок пойменованих та непойменованих речових способів забезпечення виконання зобов'язань як таких забезпечень, що спираються на забезпечувальне джерело у вигляді майна (розділи 1 та 2 роботи). Метод тлумачення норм права використовувався по всій роботі, особливо під час дослідження окремих пойменованих та непойменованих способів забезпечення виконання зобов'язань. Порівняльно-правовий метод надав можливість розробити класифікацію речових способів забезпечення виконання зобов'язань та відшукати серед встановлених законом або передбачених договором забезпечувальних конструкцій непойменовані види забезпечення (підрозділ 1.2 та розділ 3 дисертації).

Нормативно-правовим підґрунтям дисертаційної роботи є Конституція України, Цивільний кодекс України, закони України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», «Про заставу», «Про іпотеку», «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», а також міжнародні договори та нормативно-правові акти іноземних країн.

Емпіричну основу дослідження становлять рішення національних судів.

Наукова новизна отриманих результатів полягає в тому, що робота є системним аналізом теоретичних і практичних проблем речових пойменованих та непойменованих способів забезпечення виконання зобов'язань, що містить обґрунтовані пропозиції по вдосконаленню цивільного законодавства у досліджуваній сфері. За результатами проведеного

дослідження надано висновки та розроблено пропозиції, що характеризуються науковою новизною та виносяться на захист:

уперше:

- на підставі відомих критеріїв поділу видів забезпечення виконання зобов'язань та винайдених в результаті дослідження здійснено класифікацію речових способів забезпечення виконання зобов'язань за такими критеріями: за підставою встановлення: 1) законні; 2) договірні; 3) на підставі рішення суду; за видом майна, що створює забезпечувальне джерело: 1) рухоме майно (застанова рухомого майна, притримання, довірча власність); 2) нерухоме майно (застанова нерухомого майна (іпотека), довірча власність) 3) грошові кошти (гарантійний платіж) 4) майнові права (застанова майнових прав); за дією забезпечення: 1) безпосередньої дії (довірча власність, застава); 2) опосередкованої дії (притримання, реалізація невитребуваного майна); залежно від способу задоволення вимоги кредитора: 1) шляхом переходу до кредитора права власності на забезпечувальне майно (застанова, довірча власність, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, договір репо); 2) отримання грошової суми від реалізованого об'єкта забезпечення (застанова, притримання, довірча власність, реалізація невитребуваного майна); 3) безпосереднє зарахування кредитором грошових коштів (гарантійний платіж); за нормативною визначеністю: 1) поійменовані – закріплені в законі в якості способів забезпечення (застанова, притримання, довірча власність); 2) непоійменовані – не закріплені законодавчо в якості способів забезпечення (гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, забезпечувальне зберігання речей, реалізація невитребуваного майна, договори репо).

– обґрунтовано, що встановлення режиму довірчої власності як речового способу забезпечення не перешкоджає залишенню права власності за довірчим засновником на передане у довірчу власність майно. Запропоновано внести зміни до ЦК України, виключивши положення ч. 3 ст. 597-1 ЦК України про припинення права власності особи, яка передала своє майно у

довірчу власність, що відповідатиме законодавчим положенням про режим довірчої власності, встановлений для договорів управління майном (гл. 70 ЦК України). Водночас необхідно передбачити норму про те, що довірчий засновник на період існування режиму довірчої власності не може здійснювати повноваження власника.

– обґрунтовано право боржника на отримання відсотків у разі належного виконання ним забезпеченого гарантійним платежем зобов'язання. Запропоновано закріпити у ЦК України гарантійний платіж в якості речового способу забезпечення виконання зобов'язання з обов'язковим нарахуванням відсотків на користь боржника за користування кредитором чужими грошовими коштами (гарантійним платежем) за період дії договору на підставі ст. 536 ЦК України. Такі відсотки повинні бути виплачені боржнику у випадку повернення йому гарантійного платежу після належного виконання забезпеченого зобов'язання. При цьому передбачити, що боржник втрачає право на отримання відсотків у разі порушення ним забезпеченого зобов'язання.

– обґрунтовано встановлення заборони відчуження об'єкта нерухомого майна за договором купівлі-продажу під відкладальною умовою на строк дії основного зобов'язання. Запропоновано закріпити в Законі України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» положення про заборону відчуження об'єкта нерухомого майна за договором купівлі-продажу під відкладальною умовою у вигляді обтяження права власності на користь кредитора на строк дії основного зобов'язання.

– запропоновано реалізацію невитребуваного майна визнати речовим непойменованим способом забезпечення виконання зобов'язання, який спирається на таке забезпечувальне джерело як невитребуване протягом встановленого законом часу майно боржника, за рахунок реалізації якого кредитор: 1) звільняється від тягара володіння річчю; 2) задовольняє свої майнові вимоги до боржника за порушенням зобов'язанням в порядку самозахисту.

удосконалено:

– підходи до непойменованих речових способів забезпечення виконання зобов'язань що, подібно до поймаєнованих, передбачають встановлення в інтересах кредитора майнового забезпечувального джерела, завдяки якому кредитор у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання може задовольнити свої вимоги. Такі способи можуть встановлюватися законом або договором як «інші» забезпечення (ч.2 ст. 546 ЦК України), стимулюючи боржника до належного виконання зобов'язання та захищаючи кредитора у разі його порушення.

– положення про право притримання як законний речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання, що спрацьовує при порушенні зобов'язання боржником та не потребує попередньої домовленості сторін про його застосування кредитором, а лише вимагає повідомлення боржника про його застосування.

– підходи до можливості використання гарантійного платежу при укладенні попередніх договорів, але не для забезпечення самого обов'язку укласти основний договір, а для гарантування відшкодування збитків та сплати неустойки, як відповідальності сторони за його неукладення.

– положення про те, що договір купівлі-продажу під відкладальною умовою набуває характеру непойменованого речового способу забезпечення виконання зобов'язання тільки при його використанні для створення забезпечувального джерела на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання.

– підходи до розмежування договорів зворотної купівлі-продажу від договорів купівлі-продажу під відкладальною умовою. Встановлено, що обидві конструкції є непойменованими речовими способи забезпечення виконання зобов'язань, основна відмінність між якими полягає у моменті переходу права власності на забезпечувальне джерело до кредитора.

– розуміння забезпечувального зберігання речей (договірному притримання) як речового непойменованого способу забезпечення виконання

зобов'язань, що полягає у передачі боржником майнового забезпечувального джерела на зберігання кредитору, за допомогою якого останній може задовольнити свої вимоги у позасудовому порядку у разі порушення боржником зобов'язання. Обґрунтовано, що вартість забезпечувального джерела, переданого за договором, повинна бути достатньою для покриття можливих вимог кредитора за основним зобов'язанням.

набули подальшого розвитку:

– розуміння речових способів забезпечення виконання зобов'язань як встановлених договором, законом або рішенням суду способів захисту цивільних прав учасників договірних відносин, що встановлюються на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання та надають кредитору право у такому випадку отримати задоволення своїх вимог за рахунок певного майна (спеціально призначеного для цього майнового забезпечувального джерела).

– аргументи на користь внесення змін до ЦК України про встановлення обмеження права кредитора притримувати річ боржника строком позовної давності за основним зобов'язанням.

– підходи до гарантійного платежу як речового непоміченого способу забезпечення виконання зобов'язань, що спирається виключно на грошову суму, яку боржник передає кредитору для створення забезпечувального джерела, що дозволяє останньому без звернення до суду задовольнити свої вимоги у разі порушення боржником основного зобов'язання (включаючи відшкодування збитків та сплату неустойки). У випадку ж належного виконання зобов'язання боржником гарантійний платіж повертається останньому або зараховується в належні за договором платежі (в рахунок виконання основного зобов'язання).

– необхідність законодавчого закріплення максимального розміру гарантійного платежу з урахуванням особливостей правовідносин, які ним забезпечуються.

– пропозиції щодо можливості укладення договору репо (договору про

зворотню купівлю-продаж) як речового непойменованого способу забезпечення виконання зобов'язання не тільки щодо цінних паперів, а й щодо іншого майна.

– підходи до розуміння підстав виникнення застави. Запропоновано прикладом застави за рішенням суду вважати накладення судом арешту на заставлене майно, яке забезпечувало виконання кредитного договору до визнання його недійсним (або визнання недійсним договору застави).

– розуміння права застави як речового права на майно, яке доцільно закріпити серед інших речових прав на майно у Книзі третій ЦК України «Право власності та інші речові права», одночасно залишивши заставу у ст. 546 ЦК України серед переліку способів забезпечення виконання зобов'язань. Такий підхід відповідатиме призначенню застави як забезпечувального джерела у вигляді майна, що встановлюється для захисту прав кредитора на випадок можливого порушення зобов'язання боржником.

Практичне значення отриманих результатів. Сформульовані в дисертації наукові положення, висновки та практичні рекомендації можуть бути використані:

– у науково-дослідницькій роботі – для подальшого дослідження особливостей встановлення та реалізації речових способів забезпечення виконання зобов'язання, пошуку нових забезпечувальних речових конструкцій та розвитку загального вчення про забезпечення виконання зобов'язань;

– у правотворчій сфері – в процесі удосконалення законодавства України, гармонізації вітчизняного законодавства з європейськими стандартами у сфері забезпечення виконання договорів та способів захисту прав кредитора у договірних зобов'язаннях;

– у правозастосуванні – судами при розгляді цивільних та господарських справ за позовами про звернення стягнення на заставлене (іпотечне) майно, притримуване майно чи те, що знаходиться у довірчій власності кредитора; при підготовці постанов Верховного Суду України по розгляду цивільних

справ, що виникають з кредитних чи позикових правовідносин, реалізації застави, перш за все, іпотеки, довірчої власності та притримання; учасниками договірних відносин з метою забезпечення виконання договорів завдяки новим ефективним речовим способам забезпечення виконання зобов'язань, як гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, забезпечувальне зберігання речей, договори репо.

– в навчально-методичному процесі – при викладанні таких навчальних курсів, як «Цивільне право України», «Договірне право», «Іпотека, гарантія порука та інші забезпечення в сучасному договірному праві», а також для підготовки відповідних методичних і навчальних посібників та підручників.

Апробація результатів дослідження. Дисертацію підготовлено та обговорено на кафедрі цивільного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Основні теоретичні положення та результати дисертаційного дослідження доповідались й обговорювались на наукових конференціях: «Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України» (м. Харків, 12 березня 2021 р.), «Джерела в наукових юридичних дослідженнях». (м. Харків, 20-21 травня 2021 р.), «Сучасне суспільство і наука: актуальні дослідження молодих науковців» (м. Харків, 27 травня 2021 р.), «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав» (м. Харків, 15 грудня 2021 р.), «Доктрина приватного права: традиції та сучасність» (м. Харків, 4 лютого 2022 р.), «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні» (м. Дніпро, 16 грудня 2022 р.), «Доктрина приватного права: традиції та сучасність» (м. Харків, 9 лютого 2024 р.), «Професійний розвиток: методологічна основа та інноваційні технології» (м. Львів, 1-11 лютого 2024 р.) «Організаційно-правові аспекти публічного управління в Україні» (м. Полтава, 25 квітня 2024 р.), «Тези 76-ї наукової конференції професорів, викладачів, наукових працівників, аспірантів та

студентів Національного університету «Полтавська політехніка імені Юрія Кондратюка» (м. Полтава, 14 травня – 23 травня 2024 р.).

Структура та обсяг дисертації обумовлені предметом, метою і завданням дослідження. Робота складається з анотації, вступу, трьох розділів, що містять 9 підрозділів, висновків, списку використаних джерел (214 найменувань на 21 сторінці) та додатку на 3 сторінках. Загальний обсяг дисертації становить 219 сторінок, з яких основний текст викладено на 195 сторінках.

РОЗДІЛ 1

РЕЧОВІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В СИСТЕМІ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

1.1. Функціональне призначення, ознаки, склад та місце речових видів забезпечення виконання зобов'язання серед інших забезпечень

У науці цивільного права існують проблеми, які не вирішуються впродовж багатьох років, а можливо й десятиліть. До таких питань належить правова категорія способів (видів) забезпечення зобов'язань, яка, починаючи з часів римського та грецького права, і до сьогодні привертає увагу вчених та практиків. На сучасному етапі проблеми забезпечення виконання зобов'язань є надзвичайно актуальними. Це пов'язано із значним ростом договірних відносин у сучасному економічному житті [1, с. 82], збільшенням випадків їх порушень контрагентами, поверненням грошам порівняно з радянським періодом ролі загального еквіваленту, що надає захисту майнових інтересів кредитора як повноправного власника реального значення [2, с. 1].

Сьогодні практика забезпечення договорів стала їх невід'ємною частиною. У зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності сторони часто не в змозі виконати зобов'язання з причин, які від них не залежать, і способи забезпечення виступають тим механізмом, який здатний гарантувати майновий інтерес кредитора у випадку невиконання зобов'язання боржником. Задоволення майнових інтересів кредитора набуває в сучасних товарно-грошових відносинах значення більш важливе ніж традиційне для цивільного права «належне виконання зобов'язання», що значною мірою залежить від волі боржника.

Задоволення майнових інтересів кредитора є кінцевою метою зобов'язання. Саме кредитор представляє активну сторону зобов'язання, яка виконавши свій обов'язок, розраховує на такі ж дії від контрагента. Якщо ж

кредитор не отримує належне йому, то задовольняє свої майнові інтереси дозволеними правовими способами. Економічна наука взагалі цікавиться виключно тим чи отримує кредитор належне йому за зобов'язанням, тобто чи спрацьовують як слід механізми забезпечення його майнових інтересів. Зокрема порушення зобов'язань позичальниками веде в перспективі до подорожчання вартості кредитів, а проблеми мікроекономічні ведуть до макрофінансової кризи, що представляє проблеми не лише для юристів. Тому механізми, які дозволяють гарантувати майнові інтереси учасників договірних відносин на етапі виконання зобов'язання та у зв'язку з його порушенням, їх адекватність та ефективність представляють об'єкт пильної уваги юристів та економістів, як науковців, так і практиків.

Способи (види) забезпечення виконання зобов'язань як гарантії кредитора за укладеними договорами сягають ще часів римського права. Зокрема, у римському приватному праві застосовувалися такі способи забезпечення виконання зобов'язань, як застава (*pignus, hypotheca*), порука (*adpromissio fidejussio*), завдаток (*arra*), неустойка або штраф (*stipulation poena*). Появу названих забезпечень О. А. Підпригора пояснює тим, що кредитор прагне бути впевненим як у реальному та своєчасному виконанні самого зобов'язання, так і в реальній можливості відшкодування збитків, що заподіяні невиконанням зобов'язання; він хоче мати правові засоби, які б примушували боржника до добровільного та своєчасного виконання зобов'язання під загрозою настання негативних для нього наслідків» [3, с. 364].

Положення про неустойку, заставу рухомого і нерухомого майна, поруку знаходимо в Соборному Уложенні 1649 р., яке вважається однією з найважливіших пам'яток феодального права та однією з найбільш відомих пам'яток законодавства, де були закріплені способи забезпечення виконання зобов'язань [4, с. 162].

У Правах, за якими судиться малоросійський народ 1793 року, крім відомих законодавцю раніше застави, поруки та завдатку було закріплено

право притримання (п. 3 арт. 11 гл. 16) [4, с. 206].

Галицький Цивільний кодекс 1797 р. містив цілу главу (XV), присвячену способам забезпечення прав і обов'язків. При цьому важливо, що законодавець, закріплюючи положення про заставу, поруку, завдаток, вказував на причину встановлення забезпечень – кредитор не завжди впевнений у зобов'язаній особі (її місці проживання, майновій спроможності) (ст. 490) [5, с. 760–883]. У цьому кодексі знайшли закріплення й основні правила забезпечення прав і обов'язків із Загального Цивільного Уложення Австрійської імперії 1811 р. (ст.ст. 1342–1374) [5, с. 1026–1049], яке діяло тривалий час на території Галичини і Закарпаття.

Увага способам забезпечення виконання зобов'язань присвячувалась також у Зібранні малоросійських прав 1807 р., зокрема заставі (гл. XL), поруці (гл. XXXL), притриманню (гл. XLI), завдатку (гл. XXVI) [4, с. 300].

У Зводі законів цивільних Російської імперії 1832 року забезпеченню договорів і зобов'язань було відведено окремий розділ «Про забезпечення договорів та зобов'язань взагалі». При цьому правовою підставою встановлення забезпечення визнавалася лише взаємна згода сторін договору про поруку, неустойку, заставу нерухомого майна, заклад рухомого майна, а право притримання надавалося кредитору для забезпечення виконання окремих договорів. Як зауважує О. Є. Блажівська, Звід законів цивільних Російської імперії 1832 р. не відносив до загальних способів забезпечення виконання зобов'язання завдаток. Останній згідно спеціальним нормам використовувався для забезпечення зобов'язань з передачі майна у власність, зокрема, договору купівлі-продажу (ст.ст. 1494, 1495, 1513 та ін.) та запродажу (ст.ст. 1681, 1685, 1686 та ін.) [4, с. 325].

Одержали законодавче закріплення способи забезпечення виконання зобов'язань також у Зводі місцевих законів Західних губерній 1837 р. (розд. II книги 4) [6]. До таких способів забезпечення закон відніс заставу нерухомого майна, заклад рухомого майна, поруку, неустойку (§ 859), які мають «укріплювати та забезпечувати» договори. Правовою підставою встановлення

забезпечення визначався поряд з договором односторонній правочин (забезпечувальний запис). У главі «Про забезпечення нерухомим майном договорів та зобов'язань взагалі» цього Зводу законодавцем забезпечення було поділено на: 1) майнові, які забезпечують договір виключно тим нерухомим майном, що вказане в договорі; та 2) особисті, в яких зобов'язана особа забезпечує договір усім належним їй нерухомим майном (§ 891). Такий поділ вказує на визнання законодавцем забезпечення, перш за все, як певної нерухомості, за рахунок якої буде задоволена вимога кредитора у разі неспроможності боржника сплатити певну грошову суму.

У проєкті Цивільного уложення 1905 р. [5, с. 453–678] застава, притримання, порука, завдаток та неустойка зазнали подальшого розвитку. Положення про заставу (ст.ст. 1040–1173) були розміщені у двох главах «Застава нерухомого майна» (десять відділів) та «Заклад рухомого майна» (чотири відділи) книги третьої «Речове право». Порука у Книзі п'ятій «Зобов'язальне право» була виділена в окрему главу (ст.ст. 2548–2574) серед інших зобов'язань за договорами. Неустойка (ст.ст. 1601–1608) та завдаток (ст.ст. 1593–1600) знайшли закріплення в загальних положеннях про договір, а право притримання (ст.ст. 1642–1645) – у загальних положеннях про виконання зобов'язань. При цьому важливо, що законодавець, передбачивши регулювання застави у Книзі «Речове право», а поруки та притримання – у Книзі п'ятій «Зобов'язальне право», зібрав ці забезпечення в розд. IV «Охорона прав» книги першої «Положення загальні», присвяченому охороні речових та зобов'язальних прав. Варто звернути увагу, що до названого розділу положення про неустойку та завдаток внесені не були. При цьому, розглядаючи забезпечення серед способів охорони прав, що підкреслювало їх існування в інтересах кредитора, законодавець вказував, що воно має бути надане у вигляді застави нерухомого майна, закладу рухомого майна у розмірі, який відповідає «цінності забезпечуваного права», грошей, цінних паперів на задоволення «особи, права якої ними забезпечені» (ст. 102). І лише за умови, що забезпечення у речовому вигляді не могло бути надане, законодавець

допускав надання «надійної поруки» – залучення платоспроможного поручителя, який володіє достатнім майном, вартість якого відповідає сумі забезпечення (ст. 103). Вищеназване свідчить про розуміння забезпечення дореволюційним законодавцем, перш за все, як певного майна, вартості якого достатньо для задоволення вимоги кредитора у разі порушення боржником забезпеченого договору.

У Цивільному кодексі Української Соціалістичної Радянської Республіки 1922 р. (далі – ЦК УРСР 1922 р.) [7] застава майна як речове право визнавалася однією з підстав припинення права власності, а також здійснювала «забезпечення дійсної вимоги» (ст.ст. 85–105). Договір поруки розглядався як підстава відповідальності третьої особи за чужі дії або бездіяльність (ст.ст. 236–250). Проте не передбачалася можливість застосування кредитором права притримання. Положення про сплату неустойки розміщувалися серед правових наслідків невиконання або неналежного виконання договору (ст.ст. 141–142). Своєю чергою на завдаток покладалося виконання двох функцій – підтвердження договору (посвідчувальна функція) і забезпечення його виконання (забезпечувальна функція) (ст. 143). На відміну від дореволюційного законодавства ЦК УРСР 1922 р. значно зменшив кількість статей, присвячених регулюванню видів забезпечень, і не містив вказівку на їх призначення – задоволення майнових інтересів кредитора, що негативно вплинуло на розвиток інституту видів забезпечення у радянський період.

Відбитком сорокалітнього розвитку радянського цивільного законодавства в умовах адміністративно-командної економіки стало прийняття Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. (далі – ЦК УРСР 1963 р.) [8]. У ньому положення про неустойку, заставу, поруку, завдаток та гарантію були зібрані в окремій главі – гл. 16 «Забезпечення виконання зобов'язань». Ця глава входила до підрозд. I «Загальні положення про зобов'язання» розд. III «Зобов'язальне право». При цьому неустойка, застава та порука були розраховані законодавцем на правовідносини за

участю будь-яких учасників цивільних відносин. Гарантія забезпечувала виконання зобов'язань виключно між соціалістичними організаціями, а завдаток використовувався тільки у відносинах між громадянами.

Важливо, що в ЦК УРСР 1963 р. стосовно способів забезпечення вперше у вітчизняному законодавстві поряд із поняттям «забезпечення» договорів чи зобов'язань законодавець закріпив термін «виконання» (гл. 16 «Забезпечення виконання зобов'язань», ст. 178 «Види забезпечення виконання зобов'язань») [8]. Це в подальшому призвело до принципової зміни розуміння призначення інституту видів забезпечення, зокрема до його сприйняття як здатного забезпечити належне виконання зобов'язання боржником. Вищеназвані зміни відповідали пошуку законодавцем правових інструментів, здатних забезпечити виконання соціалістичними підприємствами народногосподарського плану країни, своєчасного виконання договорів постачання продукції виробничо-технічного призначення та товарів народного споживання. Саме соціалістичні (державні) підприємства за радянських часів виступали найбільш активними учасниками цивільних відносин. Вітчизняне право протягом постреволюційних десятиліть розвивалося в умовах відсутності у соціалістичних підприємств як формальних власників власного економічного інтересу, відсутності конкурентного середовища, що майже нанівець звело потребу у реальних договірних відносинах і правових мірах, які б забезпечували майновий інтерес кредитора у разі порушення договору.

При адміністративно-командній економіці найважливішим завданням підприємств було виконання народногосподарського плану, що безпосередньо залежало від належного виконання господарських договорів. Саме виконання зобов'язання, а не компенсація втрат кредитору у разі його невиконання мала для планової економіки вирішальне значення. Це пояснювалося тим, що ринку, де можна було б вільно придбати необхідні товари за кошти, сплачені боржником-порушником у вигляді санкцій за порушення договору, на той час не існувало. Тому і правові засоби, пристосовані для захисту кредитора у такий

спосіб, популярністю не користувалися. Цінність мали правові засоби, що були здатні впливати на боржника з метою стимулювання до належного виконання договірної зобов'язання або до виконання зобов'язання за порушенням договором.

Враховуючи, що в радянському праві забезпечення договору функціонувало передусім як інструмент стимулювання суворого дотримання договірної дисципліни, що мало надзвичайно важливе значення для соціалістичного обороту, наукові дослідження в галузі цивільного права зосереджувались на питаннях зміцнення договірної дисципліни та посилення стимулюючого впливу правових механізмів.

Дослідники розглядали останні виключно з погляду їхнього можливого впливу на боржника для стимулювання належного виконання зобов'язання. Виключно під таким кутом зору розглядалася можливість застосування і мір цивільно-правової відповідальності, і мір оперативного впливу, і адміністративно-правових мір, і способів забезпечення зобов'язання.

Невипадково саме неустойка відкривала законодавчий перелік способів забезпечення виконання зобов'язань у ЦК УРСР 1963 р. Науковці радянського періоду акцентували увагу на стимулюючій властивості способів забезпечення, і перш за все неустойки, вказували на їх вплив на боржника з метою виконання договору належним чином. В українській цивілістичній доктрині поняття забезпечення стало безпосередньо пов'язаним із виконанням зобов'язань, а способи забезпечення виконання зобов'язань здобули визнання правових мір, які стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання, «забезпечують належне виконання зобов'язання», встановлюються з метою попередження його порушення.

Виконання забезпеченнями стимулюючої функції беззаперечно визнавалося цивілістами, а стимулююча спрямованість способів забезпечення стала їх визначальною ознакою на довгі десятиліття [9, с. 7]. Способи забезпечення виконання зобов'язань розглядалися як міри, покликані стимулювати (спонукати) боржника до виконання зобов'язання в натурі –

поставити якісну продукцію своєчасно тощо. Питання ж забезпечення виконання грошових зобов'язань практично оминалося увагою, що було зроблено не випадково.

За часів командно-планової економіки, з огляду на наявність дефіциту товарів, сплати грошової суми на задоволення вимоги кредитора (а саме цим і характеризуються забезпечення) було явно недостатньо для захисту його порушеного права. Відома в економічній теорії формула «товар – гроші – товар» не працювала за відсутності вільної конкуренції товаровиробників, і мати товар означало набагато більше, ніж мати гроші на його придбання.

Саме з цієї причини способи забезпечення широкого застосування за часів командно-адміністративної економіки не отримали. Розвитку, навіть розквіту, зазнала лише неустойка, яка вважалася одним із найдієвіших інструментів по підвищенню дисципліни у народному господарстві. З огляду на виконання неустойкою профілактичної, виховної функції мала рацію Н. С. Кузнєцова, називаючи неустойку «царицею» серед способів забезпечення виконання зобов'язань в умовах планово-розподільчої економіки [10, с. 663]. І це не випадково, адже завдяки неустойці здійснювався стимулюючий вплив на боржника, попереджалося порушення зобов'язань в майбутньому. Неустойка стягувалася із підприємства-боржника найчастіше за такі порушення договорів, як прострочення поставки продукції виробничо-технічного призначення чи товарів народного споживання, поставку неякісної, некомплектної продукції, недопоставку. Сплата неустойки (штрафу, пені), як і відшкодування збитків, не звільняла товаровиробника-порушника від виконання свого зобов'язання в натурі, що й мало основне значення для контрагента-підприємства, планового господарства в цілому.

У ЦК УРСР 1963 р. положення про неустойку, крім гл. 16 «Забезпечення виконання зобов'язань», закріплювалися ще й у гл. 18 «Відповідальність за порушення зобов'язань» [8]. Зокрема, в останній були подані положення про співвідношення неустойки зі збитками (ст. 204) та про можливість зменшення неустойки (ст. 205). Розміщення у главі, присвяченій способам забезпечення,

положень про неустойку, а також відповідальності за порушення зобов'язань, перейшло до Цивільного кодексу України 2003 р. (далі – ЦК України 2003 р.) [11], ще й сьогодні породжує спори на сторінках наукових видань стосовно природи неустойки [12], співвідношення способів забезпечення з мірами цивільно-правової відповідальності [13], ознак, притаманних видам забезпечення [14] та ін.

У ЦК України 2003 р. положення про забезпечення розміщено у гл. 49, яка має таку ж назву, як і гл. 16 ЦК УРСР 1963 р., – «Забезпечення виконання зобов'язання», і розміщена після глави «Виконання зобов'язання», як і в ЦК УРСР 1963 р. На час прийняття ЦК України 2003 р. законодавець у ст. 546 закріпив такі способи забезпечення виконання зобов'язань: неустойку, поруку, гарантію, заставу, завдаток та притримання, тобто, порівняно з ЦК УРСР 1963 р. [8, ст. 178], доповнив перелік способів забезпечення притриманням.

Пізніше, у 2019 р., до переліку видів забезпечення було віднесено ще довірчу власність (ст.ст. 597-1 – 597-13 ЦК України). Варто зазначити, що і притримання, і довірка власність покликані задовольняти майновий інтерес кредитора завдяки визначеному майну, що вказує на правильне розуміння сучасним вітчизняним законодавцем забезпечувальної природи цих мір. Як вбачається, назва гл. 49 ЦК України 2003 р. про забезпечення, її розташування між іншими главами, присвяченими виконанню зобов'язань та їх припиненню, вказівка у ст. 546 ЦК України, як і в ст. 178 ЦК УРСР 1963 р. на «виконання зобов'язання» як призначення цих заходів, які очолює неустойка, не відповідають призначенню цього інституту та змісту способів забезпечення.

На нашу думку, кожна із закріплених у гл. 49 ЦК України правових мір (неустойка, завдаток, порука, застава, гарантія, притримання, довірка власність) розрахована, передусім для захисту кредитора у разі порушення зобов'язання, що впливає із розкриття законодавцем її забезпечувального механізму в певному параграфі гл. 49 ЦК України, їй присвяченому. Натомість всі ці міри разом начебто покликані забезпечити «належне виконання» зобов'язання. Вважаємо, що таке закріплення законодавцем місця та

призначення інституту способів забезпечення веде до їх бачення науковцями як мір, які сприяють належному виконанню зобов'язання, здійснюючи для цього стимулюючий вплив на боржника [10, с. 43; 15, с. 194; 16, с. 44].

Наприклад, О. В. Ільків вказує, що передбачені в ЦК України способи забезпечень спрямовані на стимулювання боржника до виконання договірної зобов'язання відповідно до умов договору та положень законодавства. Такі забезпечувальні засоби стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання шляхом настання для нього негативних майнових наслідків у разі невиконання або неналежного виконання свого обов'язку [17, с. 103]. Таке бачення призначення останніх, що підкріплене і назвою та розташуванням положень про способи забезпечення в законі, по інерції продовжується з радянських часів. Не зважаючи на реалії сьогодення, ринкові відносини, які обумовлюють роль грошей як загального еквіваленту та захист кредитора (фізичної чи юридичної особи) як повноправного власника, правові механізми, що обслуговують ці відносини, продовжують сприйматися односторонньо.

Поділяючи думку В. Д. Примака, що «функції характеризують право через наслідки його застосування і є не чим іншим, як виявом операцій з реалізації права» [18, с. 87], для висновку про природу видів забезпечення виконання зобов'язань, як певного правового явища, з'ясуємо підстави, наявності яких та яким чином вони себе виявляють зовні. При цьому орієнтуватися варто на закріплені в законі забезпечувальні конструкції, оскільки сутність видів забезпечення виконання зобов'язання, встановлених за домовленістю сторін, не може відрізнятися від сутності тих забезпечень, які встановлені законом.

Важливо з'ясувати, з чим саме пов'язує законодавець реалізацію видів забезпечення виконання зобов'язань. Аналіз положень ч. 1 ст. 735 ЦК України дозволяє стверджувати, що право застави одержувача ренти на земельну ділянку чи інше нерухоме майно, передане під виплату ренти платнику ренти, реалізується одержувачем ренти як кредитором шляхом одержання задоволення за рахунок заставленого майна у зв'язку з порушенням платником

ренти (боржником) обов'язку щодо сплати рентних платежів.

Відповідно до положень ч. 3 ст. 1079 ЦК України відступлення клієнтом факторові грошової вимоги до свого боржника на забезпечення виконання зобов'язання перед фактором, наприклад, за кредитним договором чи договором позики, наділяє фактора (банк або іншу фінансову установу) як кредитора правом у разі порушення клієнтом зобов'язання задовольнити свою вимогу за рахунок платежу, здійсненого на його користь боржником клієнта (абз. 2 ч. 1 ст. 1077 ЦК України). Як бачимо, реалізація встановлених законом видів забезпечення виконання зобов'язання відбувається на задоволення інтересів кредитора у разі порушення боржником договірної зобов'язання як реакція на правопорушення.

Останнє відповідає змісту захисної функції, що виконується законними способами забезпечення в інтересах кредитора. Аналіз конструкцій способів забезпечення виконання зобов'язань, встановлених договором, також дозволяє дійти висновку, що вони реалізуються кредитором виключно у зв'язку з порушенням зобов'язання. Зокрема, згідно з положеннями ст. 572 ЦК України в силу застави кредитор має право одержати задоволення за рахунок заставленого майна у разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого заставою. Щодо притримання, то кредитор у випадку невиконання боржником зобов'язання має право притримати в себе річ боржника до виконання боржником зобов'язання (ст. 594 ЦК України), а якщо воно не буде виконане – задовольнити свої вимоги за рахунок притримуваної речі (ст. 597 ЦК України). Згідно з ч. 1 ст. 597-6 ЦК України право довірчого власника, як кредитора, звернути стягнення на об'єкт довірчої власності обумовлене простроченням виконання боржником основного зобов'язання.

Порушення основного (забезпеченого) зобов'язання передбачено в якості підстави і для реалізації прав кредитора за іншими способами забезпечення. Так у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, поручитель як солідарний боржник має сплатити кредиторів суму основного боргу, проценти, неустойку, відшкодувати збитки, викликані

порушенням (ст. 554 ЦК України). Відповідно до ст. 563 ЦК України гарант зобов'язаний сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією.

Наведене дозволяє дійти однозначного висновку про виконання способами забезпечення захисної функції. Будучи встановленими на випадок можливого порушення забезпеченого зобов'язання, вони реалізуються кредитором з метою захисту останнього при порушенні зобов'язання боржником.

Про виконання ж способами забезпечення стимулюючої функції не можна робити категоричний висновок. Як правило, стимулююча функція способами забезпечення виконується, оскільки для боржника реалізація встановленого забезпечення не є бажаною, і це стимулює його не порушувати, тобто виконувати зобов'язання належним чином. Але можуть мати місце й винятки з цього правила. Наприклад, боржника навряд чи буде стимулювати до повернення боргу можливість звернення стягнення на належне йому майно, якщо ринкова вартість останнього значно зменшилася порівняно із сумою боргу за забезпеченим заставою зобов'язанням. І навпаки, – стимулюватиме, якщо на момент повернення боргу гроші знецінилися. При застосуванні притримання можна припустити, що боржник покvapиться виконати порушене зобов'язання лише за умови, що притримувана кредитором річ боржника для останнього має більшу цінність, ніж вигода від невиконання договору.

Подібні міркування можуть бути застосовані при розгляді й інших видів забезпечення. Тому вважаємо, що способи забезпечення, встановлюючись законом чи договором на випадок можливого порушення зобов'язання боржником з метою захисту кредитора, обов'язково виконують захисну функцію щодо кредитора і як правило стимулюючу щодо боржника.

Як вбачається, на висновок дослідників про стимулююче призначення та забезпечення належного виконання зобов'язання боржником [17, с. 103] впливає сама назва гл. 49 ЦК України – «Види забезпечення виконання

зобов'язання» – та зміст наданого способами забезпечення захисту кредитору. Зокрема, словосполучення «виконання зобов'язання» в назві гл. 49 ЦК України дозволяє сприймати ці міри як покликані сприяти належному виконанню зобов'язання боржником. Між тим останні встановлюються насамперед з метою захисту кредитора на випадок можливого порушення договору і, реалізуючись виключно при порушенні зобов'язання, – з належним виконанням пов'язані бути не можуть. Водночас така назва дозволяє виділити ці міри серед інших способів захисту прав кредитора вказівкою на виконання зобов'язання як на зміст наданого кредитору захисту. Отже, назва інституту «види забезпечення виконання зобов'язання» підкреслює зміст захисту, що надається цими мірами кредитору, а не можливість гарантування належного виконання зобов'язання боржником, як це прийнято вважати в доктрині цивільного права.

Йдеться про те, що при реалізації забезпечення кредитор дійсно отримує виконання зобов'язання. Але це виконання, що отримує кредитор після порушення зобов'язання. Тобто має місце реальне виконання (виконання у натурі), але ж таке виконання не вірно називати належним. При реалізації забезпечення кредитор отримує виконання порушеного боржником зобов'язання завдяки зверненню стягнення на заставлене, притримуване майно, об'єкт довірчої власності, або від третьої особи (поручителя, гаранта). Тим самим має місце не буцімто належне виконання зобов'язання, а виконання порушеного боржником зобов'язання в натурі завдяки діям самого кредитора або третіх осіб, і здійснюється воно виключно в порядку захисту прав кредитора, а не шляхом стимулюючого впливу на боржника.

Отже, оскільки підставою для реалізації видів забезпечення виконання зобов'язання (а саме завдяки реалізації способи забезпечення виконання зобов'язання і проявляють себе) є факт невиконання або неналежного виконання зобов'язання, то визначальною функцією інституту видів забезпечення виконання зобов'язань виступає захисна функція. Жодне стимулювання боржника не здатне стовідсотково гарантувати виконання

останнім забезпеченого зобов'язання. Сама ж потенційна можливість застосування видів забезпечення виконання зобов'язання має сприйматись як стимул до належного виконання обов'язків боржником, а тому й дотримання суб'єктивних прав кредитора. У зв'язку із цим стимулююча функція є другорядною, а захисна – основною.

Саме як основну функцію інституту видів забезпечення виділяє захисну функцію А. Покачалова. Дослідниця, обумовлюючи зміну функціональної спрямованості інституту видів забезпечення розвитком ділового обороту, наголошує, що «гарантування майнового інтересу кредитора, а не стимулювання боржника до виконання зобов'язання» сьогодні визначає функціональну спрямованість інституту способів забезпечення [1, с. 86].

Стимулюючу ж функцію стосовно боржника способи забезпечення виконання зобов'язання будуть виконувати лише за умови, що останнього не влаштовують наслідки їх реалізації. Якщо ж для боржника байдуже чи навіть бажано, щоб відбулася реалізація певного виду забезпечення виконання зобов'язання, то відповідно наявність останнього ніякого стимулюючого ефекту на боржника не справить.

Тому мають рацію ті дослідники, які вбачають як захисну, так і стимулюючу спрямованість способів забезпечення. Зокрема, Ч. Н. Азімов, характеризуючи способи забезпечення зобов'язань як «заходи, що стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання», підкреслює, що всі способи забезпечення об'єднує те, що вони тією чи іншою мірою, залежно від конкретного способу, захищають кредитора від збитків, які можуть виникнути внаслідок порушень з боку боржника, наголошуючи на їх захисній функції у разі порушення зобов'язання боржником. Водночас Ю. В. Носік визначає забезпечення виконання зобов'язання як «додаткові правовідносини (зобов'язання), спрямовані на стимулювання боржника до точного і неухильного виконання основного зобов'язання і запобігання та/або зменшення негативних наслідків від можливого його порушення» [19, с. 548–549].

І. Й. Пучковська вказує, що у випадку, коли стимулювання не привело до очікуваного ефекту, а саме до належного виконання боржником забезпеченого зобов'язання, видами забезпечення після порушення зобов'язання боржником виконується захисна функція [20, с. 62].

Своєю чергою О. В. Ільків, дослідивши природу забезпечувальних прав, доходить висновку, що призначенням речових забезпечувальних прав є не просто стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання, але й можливість для кредитора отримати сатисфакцію у вигляді майнової компенсації з вартості предмету речового забезпечення. Зазначене право кредитор отримує в разі невиконання або неналежного виконання боржником свого обов'язку. Відтак речове забезпечення виступає своєрідною гарантією захисту майнових інтересів кредитора [17, с. 105].

Визначившись із виконуваними способами забезпечення функціями, подивимось, чому виконання захисної функції має для з'ясування природи та ознак цього інституту особливе значення. Для цього потрібно оцінити захисні механізми способів забезпечення.

Так, неустойка представляє собою грошову суму або інше майно, які кредиторів повинен передати боржник у разі порушення ним зобов'язання (ст. 549 ЦК України). Завдаток, як певна грошова сума або рухоме майно, яке боржник передав кредитору із забезпечувальною метою, залишиться у кредитора, якщо за порушення зобов'язання відповідальним буде боржник. Якщо ж порушення зобов'язання станеться з вини кредитора, то він буде зобов'язаний повернути боржникові завдаток і ще додатково сплатити суму в розмірі завдатку або його вартості (ст. 571 ЦК України). У разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, поручитель як солідарний боржник має сплатити кредиторів суму основного боргу, проценти, неустойку, відшкодувати збитки, викликані порушенням (ст. 554 ЦК України).

При порушенні боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, гарант має сплатити на вимогу кредитора грошову суму, вказану у виданій гарантом кредитору гарантії (ст. 563 ЦК України). Застава надає кредитору

право у разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого заставою, звернути стягнення на заставлене майно, і за рахунок останнього задовольнити свою вимогу (ст. 572 ЦК України).

У разі порушення боржником зобов'язання кредитор має право притримати у себе річ боржника до моменту виконання останнім зобов'язання (ст. 594 ЦК України). Якщо ж боржник не виконає порушене зобов'язання з метою звільнення своєї речі, то кредитор наділений правом задовольнити свої вимоги за рахунок притримуваної речі відповідно до положень ст. 597 ЦК України.

Як бачимо, спільним для усіх видів забезпечення є їх реалізація в зв'язку з порушенням боржником забезпеченого зобов'язання, що дозволяє визнати їх способами захисту прав кредитора. При цьому кожен спосіб забезпечення має свій, притаманний лише йому, особливий механізм захисту кредитора. Як справедливо стверджує І. Й. Пучковська, спільним для захисту завдяки реалізації забезпечень (крім неустойки та завдатку) є отримання кредитором виконання за порушеним боржником грошовим зобов'язанням. Здійснення такого особливого захисту пояснюється наявністю у видів забезпечення виконання зобов'язання спеціально для цього створеного джерела – джерела виконання порушеного зобов'язання (забезпечувального джерела) [20, с. 64].

На прикладі захисту кредитора завдяки реалізації поймаєнованих забезпечень видно, що забезпечувальне джерело одних забезпечень складає певне майно (застава, притримання, довірча власність) або обов'язок третьої особи (гарантія, порука) виконати зобов'язання у разі його порушення боржником. Відповідно, якщо джерелом виконання порушеного зобов'язання виступає певне майно, то реалізація кредитором цього забезпечення являє собою право останнього отримати задоволення шляхом звернення стягнення на це майно. Якщо ж джерело виконання порушеного зобов'язання становить обов'язок поручителя чи гаранта виконати порушене боржником зобов'язання, то реалізація цього забезпечення означає право кредитора вимагати виконання поручителем чи гарантом свого обов'язку за договором

поруки чи за гарантією.

Забезпечувальне джерело встановлюється з ініціативи кредитора і в його інтересах боржником або за рахунок боржника, про що свідчить зміст правочину про встановлення певного виду забезпечення. За таким правочином кредитору завжди належать тільки права на реалізацію цього забезпечення. При встановленні видів забезпечення законом саме ним визначається як забезпечувальне джерело певне майно, право звернути стягнення, на яке надається кредитору (ч. 1 ст. 735 ЦК України).

Джерелу виконання порушеного зобов'язання властивий грошовий характер, що зумовлено грошовою природою забезпеченого зобов'язання, на випадок можливого порушення якого встановлюються способи забезпечення виконання зобов'язання. Так, реалізація предмета застави, на який звернене стягнення, відбувається переважно у судовому порядку, шляхом його продажу з публічних торгів, передбачаючи отримання кредитором як заставодержателем грошової суми (ст. 591 ЦК України). У такий же спосіб за правилами, передбаченими для застави, задовольняється вимога кредитора при реалізації притримання (ст. 597 ЦК України). Звернення стягнення на об'єкт довірчої власності відбувається шляхом його продажу довірчим власником у разі прострочення виконання боржником зобов'язання за договором позики чи кредитним договором (ст. 597-8 ЦК України). Саме грошову суму має сплатити кредитору поручитель на виконання свого обов'язку за договором поруки (ст. 554 ЦК України). Сплата грошової суми, на яку видано гарантію, становить обов'язок гаранта перед кредитором (ст. 563 ЦК України).

Розмір забезпечувального джерела залежить від певного виду забезпечення виконання зобов'язання. Так, при застосуванні кредитором як виду забезпечення виконання зобов'язання притримання розмір джерела виконання порушеного зобов'язання безпосередньо пов'язаний із вартістю притримуваної речі (ст. 596 ЦК України) й відповідно може бути як більшим за розмір вимоги за забезпеченим зобов'язанням, так і меншим. У разі

встановлення кредитором таких способів забезпечення, як застава та порука, забезпечувальне джерело створюється у розмірі, не лише достатньому для виконання забезпеченого зобов'язання в повному обсязі, а ще й, крім цього, здатного задовольнити вимогу кредитора про притягнення боржника як порушника до цивільно-правової відповідальності. Зокрема, за рахунок забезпечувального джерела стягується неустойка та відшкодовуються збитки, викликані порушенням зобов'язання, у тому числі реалізацією прав за забезпеченням (ч. 2 ст. 554 та ч. 2 ст. 589 ЦК України), що свідчить про задоволення інтересів кредитора в повному обсязі в результаті такого захисту.

Отже, способи забезпечення виконання зобов'язання, як і будь-які інші правові міри, не можуть стовідсотково гарантувати, що зобов'язання не буде порушене боржником, оскільки це неможливо в принципі. Вони гарантують, що захист у разі порушення буде здійснено шляхом надання кредитору виконання за порушенням зобов'язанням, що реально є можливим за рахунок створеного саме для цього забезпечувального джерела. Те, що саме боржник (безпосередньо при заставі або шляхом залучення третіх осіб – при поруці, гарантії, майновій поруці) створює джерело для виконання порушеного зобов'язання на випадок своєї можливої несправності, права кредитора на реалізацію цього джерела від боржника не залежать.

Права на джерело виконання порушеного зобов'язання, яке створюється у розмірі боргу, належать виключно кредитору і від волі боржника не залежить можливість задоволення вимог кредитора шляхом реалізації його прав за певним забезпеченням, що й виступає гарантією захисту порушених прав кредитора при застосуванні забезпечень. Такий захист кредитору не спроможна надати неустойка, яка представляє собою лише додатковий (до обов'язку за забезпеченням нею основним зобов'язанням) обов'язок боржника по сплаті певної грошової суми у разі порушення основного зобов'язання (ст. 549 ЦК України).

Один обов'язок боржника не може виступати забезпечувальним джерелом для виконання ним іншого обов'язку. Не може виступати

забезпечувальним джерелом і грошова сума або певне рухоме майно, передане як завдаток. Така грошова сума або рухоме майно представляє собою часткове виконання зобов'язання боржником, а частина суми боргу не може виступити джерелом, за рахунок якого буде сплачена повна сума.

Так, у випадку, коли боржник порушить зобов'язання, у кредитора залишиться завдаток (зазвичай незначна частина від основної суми за договором), за рахунок якого він не зможе отримати виконання за порушеним зобов'язанням. Наприклад, за рахунок завдатку в розмірі 1000 грн не може бути виконане порушене зобов'язання зі сплати 9000 грн, які боржник мав сплатити кредитору на виконання зобов'язання, забезпеченого завдатком.

Захисний механізм неустойки та завдатку не являє собою забезпечувальне джерело. Вони, як і застава, притримання, довірча власність, порука та гарантія, здійснюють захист прав кредитора у договірному зобов'язанні, але захищають не завдяки забезпечувальному джерелу, а покладаючи додатковий обов'язок на боржника-порушника, що є характерним для реалізації мір цивільно-правової відповідальності. Саме тому при розгляді видів забезпечення виконання зобов'язань дослідниками, як правило, підкреслюється, що неустойка та завдаток відрізняються від інших забезпечень тим, що виступають мірами цивільно-правової відповідальності [19, с. 54, 75].

Встановлення неустойки законом або договором відповідно до положень ч. 1 ст. 549 ЦК України означає, що визначається певна грошова сума або інше майно, які боржник має передати кредиторові у разі порушення боржником зобов'язання. «Вмикаючись» порушенням зобов'язання, стягнення неустойки полягає в покладенні на боржника обов'язку сплатити певну грошову суму чи передати певне майно, тобто один обов'язок (виконати порушене зобов'язання) доповнюється додатковим обов'язком (сплатити неустойку). При цьому останній виникає лише за наявності вини боржника у порушенні зобов'язання та виступає покаранням для нього і лише частковою компенсацією втрат кредитора, викликаних порушенням зобов'язання.

Законодавець у ч. 3 ст. 550 ЦК України наголошує, що кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання. Умови стягнення неустойки (штрафу, пені) ті ж самі, що й умови цивільно-правової відповідальності. Зокрема, якщо боржник не винен у невиконанні або неналежному виконанні зобов'язання, кредитор не має права вимагати з нього неустойку.

Таке ж правило діє й стосовно завдатку. Так, згідно з ч. 1 ст. 571 ЦК України втрата завдатку боржником чи його повернення та додаткова сплата суми в розмірі завдатку або його вартості кредитором має місце виключно у разі винного порушення зобов'язання, що не дозволяє мати сумнів стосовно того, що завдаток – не лише засіб забезпечення, але у відповідних випадках – і форма цивільно-правової відповідальності.

Серед мір, перелічених законодавцем у ст. 546 ЦК України як способи забезпечення виконання зобов'язання, вина є необхідною умовою лише для реалізації неустойки та завдатку. Враховуючи, що принцип вини й сьогодні є однією з головних засад інституту відповідальності в цивільному праві, вина як умова стягнення неустойки, втрати завдатку чи його повернення у подвійному розмірі підтверджує їх належність до мір цивільно-правової відповідальності. Для реалізації ж всіх інших видів забезпечення виконання зобов'язання (застава (ст. 572 ЦК України), порука (ст. 554 ЦК України), притримання (ст. 594 ЦК України), довірча власність (ст. 597-6 ЦК України), гарантія (ст. 563 ЦК України)) наявність вини законом не вимагається. Механізм, завдяки якому кредитор має змогу задовольнити свої інтереси у разі порушення боржником зобов'язання, на випадок чого забезпечення і встановлювалося, спрацьовує тільки з моменту порушення зобов'язання. Щоб скористатися захистом, який надають забезпечення (наприклад, звернути стягнення на заставлене майно), кредитору достатньо лише факту порушення забезпеченого (основного) зобов'язання.

При встановленні неустойки закон не визначає певне майно, за рахунок якого має здійснюватися захист кредитора, та не покладає обов'язку виконати

порушене боржником зобов'язання на третю особу, що вказує на відсутність у законної неустойки забезпечувального джерела, завдяки якому кредитор зможе отримати виконання порушеного боржником зобов'язання та відшкодувати понесені збитки. Не створюється таке джерело й у разі встановлення неустойки договором, тобто за домовленістю боржника та кредитора.

Отже, міри відповідальності покладають на боржника додатковий майновий обов'язок – сплатити неустойку, відшкодувати збитки поряд із основним обов'язком – виконати порушене зобов'язання [20, с. 36]. А способи забезпечення виконання зобов'язання надають кредитору саме виконання порушеного боржником зобов'язання та, як правило, дозволяють відшкодувати витрати, спричинені цим порушенням, що здійснюється за рахунок спеціально створеного для цього забезпечувального джерела.

Розуміння способів забезпечення як певного джерела, під яким, насамперед, малося на увазі певне майно, яскраво простежувалося в положеннях Цивільного Уложення (проект 1905 р.). Так, у п. 102 зазначалося, що особа, яка зобов'язана надати забезпечення, може це зробити шляхом внесення грошей або цінних паперів, а також закладом рухомого або заставою нерухомого майна в розмірі, що відповідає цінності забезпеченого права. При цьому рухоме майно приймалося в забезпечення лише в розмірі двох третин ринкової, біржової чи оціночної вартості; у прийнятті майна могло бути відмовлено, якщо воно складалося із речей, які швидко псуються чи зберігання яких утруднено (п. 103), а порука допускалася лише за умови, що поручитель благонадійний, тобто у останнього є достатня кількість майна, що відповідає сумі забезпечення та до нього можна звернутися з позовом [21, с. 469].

Подібні положення знаходимо і в сучасному цивільному законодавстві інших країн. Так, в абзаці 1 § 232 Німецького Цивільного Уложення (далі – НЦУ) закріплено, що з метою забезпечення особа може: внести у депозит гроші або цінні папери; передати у заставу вимоги, що внесені в Книгу боргів Федерації або у Книгу боргів землі; передати у заставу рухоме майно;

встановити іпотеку на судна, що зареєстровані у Німецькому реєстрі суден або реєстрі суден, що будуються; встановити іпотеку на земельну ділянку, що розташована в межах країни; передати у заставу вимоги, забезпечені іпотекою земельної ділянки, що розташована в межах країни, або передати у заставу поземельні та рентні борги, що обтяжують земельні ділянки в межах країни. А якщо забезпечення не може бути надане перерахованими засобами, допускається залучення належного поручителя (абз. 2 § 232 НЦУ) [22]. Як бачимо, положення НЦУ щодо забезпечення майже повністю збігаються із положеннями Цивільного Уложення (проект 1905 р.), що цілком природно, з огляду на рік прийняття останнього (1896 р.) та побудову названих нормативних актів за так званою пандектною системою.

У цивільному праві Англії забезпечення (*security*) розуміється як титул щодо власності боржника, за яким кредиторів надається право отримати задоволення з вартості відповідного майна, за умови невиконання боржником свого зобов'язання. Базовим для категорії «*security*» є поняття «*security interest*» – забезпечувальне право, під яким в англійській правовій доктрині розуміють право однієї сторони в активах іншої сторони. Таке право надається з метою забезпечити платіж або виконати зобов'язання в натурі другою або третьою стороною [23]. Предметом забезпечувальних договорів за англійським правом може бути рухоме і нерухоме майно (в тому числі кораблі та літаки), цінні папери, права вимоги, кредитні залишки на банківських рахунках, торгові позначення, патенти, копірайти [24].

Як вказує англійський юрист Рой Гуд, англійське право визнає чотири форми договірної забезпечення: застава (заклад – *the pledge*), право притримання (*the contractual lien*), застава нерухомості (*the mortgage*), обтяження (*the charge*) [25; 26]. Під останнім (обтяженням майна) розуміють право кредитора визначити певний актив боржника для покриття заборгованості. Таке право реалізується шляхом продажу визначеного активу, який може здійснюватися за добровільною згодою боржника або за рішенням суду [26].

У законодавстві США положення про забезпечення розміщено в розділі 9 Уніфікованого комерційного кодексу США (далі – УКК США) (*Uniform Commercial Code*) «Забезпечення правочинів. Продаж належних платежів та паперів на нерухомість» [27]. З прийняттям цього кодексу в праві Сполучених Штатів виникла нова правова категорія «забезпечувальний інтерес» – право на майно, яке виступає забезпеченням. Параграф 37 ст. 1-201 УКК США визначає «забезпечувальний інтерес» як інтерес у рухомому чи нерухомому майні, що забезпечує оплату чи виконання зобов’язання. Замість назв сторін залежно від кожної форми забезпечення УКК США застосовує поняття «боржник» і «забезпечена сторона». «Боржник» є особою, що зобов’язана здійснити платіж чи інше виконання за забезпеченим зобов’язанням, незалежно від того, чи має така особа право власності або інші права на майно, що є забезпеченням (§ (1) ст. 9-105(d), а «забезпечена сторона» – позикодавець, продавець чи інша особа, на користь якої встановлено забезпечувальний інтерес (§ (1) ст. 9-105(m) [27].

Таким чином, у сучасному цивільному законодавстві країн як континентальної системи права, так і англосаксонської (як це мало місце й у вітчизняному законодавстві у дореволюційний період), забезпечення зобов’язань перш за все пов’язується з певним майном, за рахунок якого кредитор у разі порушення забезпеченого договору має отримати задоволення своїх матеріальних інтересів.

Відповідно основною характерною ознакою видів забезпечення виконання зобов’язання, яка дозволяє вести мову про останні як самостійний інститут цивільного права, виступає забезпечувальне джерело – майно або обов’язок третьої особи по сплаті боргу боржника, що становить зміст захисту прав кредитора при реалізації ним певного виду забезпечення [28, с. 31].

У ст. 546 ЦК України, присвяченій видам забезпечення виконання зобов’язання, законодавець не лише перелічує поійменовані забезпечення – неустойку, поруку, гарантію, заставу, притримання, завдаток та право довірчої власності, зміст яких розкривається у гл. 49 ЦК України, а й встановлює в ч. 2 цієї статті загальне правило про можливість визначення договором або

законом інших, тобто непойменованих видів забезпечення виконання зобов'язань. Учасники цивільних відносин можуть надати певній, передбаченій цивільній законодавством правовій конструкції, силу та юридичне значення виду забезпечення виконання зобов'язання. Причому, тут сторони нічим, крім загальних засад і принципів цивільного права, не пов'язані.

За відсутності закріпленого в законі поняття способу забезпечення виконання зобов'язання та його ознак думки науковців, висловлені на сторінках наукової літератури щодо того, які саме міри можуть виступати непойменованими видами забезпечення, не відрізняються єдністю. Так, І. Сюсель і С. Єфімов пропонують відносити до непойменованих видів забезпечення виконання зобов'язання забезпечувальну конструкцію страхування кредитних (фінансових) ризиків [29, с. 59]; Є. О. Харитонов визнає забезпеченням відшкодування збитків [30, с. 421]. На думку С. І. Шимон, на роль «інших способів забезпечення виконання зобов'язань» підходять такі забезпечувальні конструкції, як: накладення заборони на відчуження майна; нарахування процентів за користування чужими грошовими коштами; видача товару за подвійним складським свідоцтвом; договори з відкладальною умовою; іпотечні активи; інфляційне застереження тощо [31, с. 18].

Як інші забезпечення дослідники називають також субсидіарну відповідальність учасників за зобов'язаннями товариства; відповідальність, яку разом із боржником несуть треті особи; встановлення заборони на відчуження майна; надання відстрочення оплати; право кредитора вимагати реєстрації правочину у випадку ухилення від здійснення реєстрації іншої сторони; продаж товару зі збереженням права власності до моменту оплати товару; конвалідацію правочинів (можливість визнання судом дійсним правочину, який є нікчемним через недотримання вимоги закону про нотаріальне посвідчення); застосування диспозитивних норм [14, с. 121–122].

Н. С. Кузнєцова та Т. В. Боднар відносять до забезпечень

забезпечувальне відступлення права вимоги (факторинг) і страхування підприємницьких ризиків [32, с. 398], тоді як С. І. Шимон – проти віднесення до способів забезпечення виконання зобов'язання заходів щодо страхування, «оскільки вони не передбачають безпосереднього впливу на поведінку боржника» [31, с. 18].

Як бачимо, дослідники відносять до непойменованих забезпечень дуже різні правові інструменти, як правило, не наводячи при цьому ніякої аргументації, що робить інститут видів забезпечення виконання зобов'язань неосяжним, фактично «еклектичним поєднанням різнорідних правових інститутів» [14, с. 120].

На нашу думку, до «інших» видів забезпечення виконання зобов'язання можуть бути віднесені ті правові конструкції, які передбачають наявність забезпечувального джерела, що створюється з метою захисту прав кредитора за основним зобов'язанням. Орієнтація на основну ознаку забезпечень дозволить в разі зменшити кількість правових мір, які пропонуються в науковій літературі як «інші види забезпечення виконання зобов'язання».

Відтак, основним при визнанні/невизнанні певної правової конструкції речовим видом забезпечення виконання зобов'язання є наявність забезпечувального джерела у вигляді майна. При цьому, з огляду на дію речових поймаєнованих (названих в якості таких в гл. 49 ЦК України) видів забезпечення – заставу, довірчу власність, притримання, таке джерело створюється на випадок можливого порушення основного зобов'язання з метою захисту за його рахунок прав кредитора, тобто як альтернативне джерело. Саме тому воно і має додатковий, акцесорний характер. І таке джерело встановлюється законом або, як правило, спеціально укладеним для цієї мети договором (про заставу, про довірчу власність). Такий забезпечувальний договір буде акцесорним (залежним від долі основного).

При цьому важливо розуміти, що акцесорність забезпечувального договору, його залежність обумовлена виключно захисною природою забезпечень. Останні, представляючи собою забезпечувальне джерело,

існують протягом «життя» основного зобов'язання, на випадок його можливого порушення. Тому не може існувати акцесорне, додаткове зобов'язання без існування основного. Безпосередній зв'язок основного зобов'язання з акцесорним є наглядним завдяки фігурі кредитора. Кредитором за забезпеченням (акцесорним зобов'язанням) може бути виключно кредитор за основним зобов'язанням, оскільки забезпечення встановлюються тільки для задоволення кредитором за їх рахунок вимог, викликаних порушенням основного зобов'язання.

Отже, вважаємо, що *речовим непойменованим видом забезпечення* виступає будь-яка забезпечувальна конструкція, яка спирається на забезпечувальне джерело у вигляді певного майна. І таке джерело встановлюється на випадок можливого порушення зобов'язання боржником з метою захисту прав кредитора за його рахунок.

Орієнтуючись на основну ознаку способів забезпечення, а саме на зміст забезпечувального джерела, може бути надане і поняття речових видів забезпечення виконання зобов'язання.

Речові способи забезпечення виконання зобов'язання – це встановлені договором, законом або рішенням суду способи захисту цивільних прав учасників договірних відносин, що встановлюються на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання та надають кредитору право у такому випадку отримати задоволення своїх вимог за рахунок певного майна (спеціально призначеного для цього майнового забезпечувального джерела).

1.2. Класифікація видів забезпечення виконання зобов'язання та речових забезпечень

Різноманіття видів забезпечення виконання зобов'язання, що застосовуються в цивілістичній практиці вражає, а потреба в їх класифікації стає нагальною в умовах розвитку нових механізмів та способів забезпечення належної реалізації договірних відносин.

Систематизація видів забезпечення виконання зобов'язань, які прямо іменуються законодавцем як такі, так і непомічених їх видів, має істотне значення як для теорії зобов'язального права, так і для цивільного права загалом. Головною метою такої систематизації є оптимізація правового регулювання через групування видів забезпечення за суттєвими характеристиками, що своєю чергою дає можливість досліджувати ознаки окремих груп видів забезпечення виконання зобов'язань, які мають схожу правову природу.

На доктринальному рівні способи забезпечення виконання зобов'язання класифікуються за різними критеріями: залежно від суб'єктного складу, джерела закріплення, за обсягом відповідальності, за можливістю розміщення в основному зобов'язанні тощо [33, с. 135]. Водночас численні класифікації розробляються вченими з огляду на обмежене коло їх інтересів, яке стосується переважно окремо взятого виду забезпечення виконання зобов'язання або їх групи. Що ж до проведення сучасних ґрунтовних досліджень питання класифікації видів забезпечення виконання зобов'язань, то вони були предметом дослідження тільки декількох науковців, серед яких І. Й. Пучковська [20], Л. С. Шимон [31] та Є. О. Харитонов [34].

Варто погодитися з тим, що досить ефективні для одних договорів способи забезпечення виконання зобов'язань виявляються недоцільними для інших у зв'язку зі специфікою їхнього правового регулювання [35, с. 30]. Саме тому вибір способу забезпечення виконання у багатьох випадках залежить від сутності зобов'язання або може бути передбачений імперативною нормою закону. Наприклад, для зобов'язань, які виникають з кредитного договору чи договору позики, характерним видом забезпечення є застава, гарантія, порука. Своєю чергою зобов'язання з виконання робіт чи надання послуг, зазвичай, забезпечуються неустойкою, а зобов'язання за участі фізичних осіб, що виникають із договорів відчуження майна – завдатком [36, с. 50–51].

Саме тому дослідження сучасних підходів до класифікації видів забезпечення виконання зобов'язань становить науковий інтерес у цій роботі,

серед іншого, через необхідність виокремлення характерних ознак, притаманних саме речовим видам забезпечення виконання зобов'язань, які здатні найбільш ефективно захистити права учасників договірних відносин. Для цього необхідно звернути увагу на загальні класифікації видів забезпечення виконання зобов'язань, що пропонуються в науковій літературі. Це дозволить сформулювати і пропозиції по класифікації речових видів забезпечення виконання зобов'язань.

Слід зазначити, що науковці по різному підходять до питання класифікації видів забезпечення виконання зобов'язань. Так, О. І. Проценко поділяє їх на чотири групи [37, с. 33–34]:

1) передзобов'язальні, які передують вступу у договірне зобов'язання та виступають мірами економічної, соціальної обізнаності та фактичної готовності до ведення переговорів;

2) загальні-цивільні способи забезпечення виконання зобов'язання, як основні, серед яких вчений виділяє неустойку, поруку, гарантію, заставу, притримання та завдаток;

3) спеціальні способи забезпечення виконання зобов'язання, що існують в межах окремих галузей права. Наприклад, відмова від укладення договору в подальшому в господарському праві або ж затримання чи арешт судна в морському праві;

4) інституційні – ті, що існують на рівні окремих інститутів цивільного права.

Водночас вбачається, що такий підхід виходить за межі доктринального розуміння видів забезпечення, оскільки вчений відносить, серед іншого, до їх різновидів відмову від встановлення на майбутнє відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання, що за своєю правовою природою є не більше ніж заходом самоохорони (встановленим на майбутнє). Що ж стосується названих вченим передзобов'язальних видів забезпечення виконання зобов'язань, то скоріше за все теж йдеться про заходи охорони прав сторони договору, адже способи забезпечення повинні бути конкретно передбачені сторонами в

договорі чи впливати із норми закону, але аж ніяк не можуть виникнути раніше самого зобов'язання.

О. І. Проценко також диференціює способи забезпечення за призначенням, поділяючи їх на: 1) універсальні, що застосовуються до всіх зобов'язань; 2) зобов'язально-правового спрямування, що можуть застосовуватися тільки для забезпечення виконання зобов'язань. Останні дослідник поділяє на способи забезпечення виконання договірних зобов'язань та виконання охоронних зобов'язань, зокрема деліктних [37, с. 8]. Така класифікація також не може отримати підтримки, адже не видається логічним як можна забезпечити деліктне зобов'язання.

З цього приводу варто погодитися з І. Й. Пучковською, яка вважає, що випадки встановлення видів забезпечення виконання зобов'язань договором з метою забезпечення виконання недоговірного зобов'язання в судовій практиці не зустрічаються, адже договір про встановлення певного виду забезпечення виконання зобов'язання призначений гарантувати захист кредитора у майбутньому на випадок можливого порушення боржником свого обов'язку. В ситуації ж з виконанням недоговірного зобов'язання, наприклад, щодо відшкодування спричиненої шкоди, обов'язок боржника виникає та підлягає виконанню вже за наявності правопорушення [20, с. 69–70].

Подібним чином необґрунтовано розширює забезпечувальні міри й О. С. Кізлова, зазначаючи, що існують способи забезпечення, які можуть застосовуватись до будь-яких зобов'язань – це так звані «загальні» способи забезпечення, а є ті, що передбачені спеціальними нормами про виконання окремих зобов'язань (постачання, кредитування, розрахунки та ін.) – «спеціальні» способи чи «міри оперативного впливу» [38, с. 16]. Спеціальні способи забезпечення, на думку вченої, встановлюються законом для окремих зобов'язань та включаються до змісту договору як звичайні умови. Такі способи не потребують встановлення окремого зобов'язання, вони лише змінюють умови та порядок виконання основного зобов'язання без виникнення нового. На думку вченої, такі дії є самостійним видом наслідків

невиконання зобов'язання, відмінним від забезпечувальних мір, адже вони не тягнуть виникнення самостійного зобов'язання і становлять собою односторонні дії кредитора зі зміни чи припинення зобов'язання.

Водночас до загальних способів забезпечення зобов'язань О. С. Кізлова відносить вже поймаєновані способи забезпечення: неустойку, заставу, завдаток, поруку, банківську гарантію та притримання [38, с. 17]. Вбачається, що такий підхід до способів забезпечення теж є необґрунтованим, оскільки міри оперативного впливу не є забезпечувальними конструкціями, адже, як мінімум, не стимулюють до виконання зобов'язання боржником, а є, поряд з видами забезпечення виконання зобов'язання, способами захисту цивільних прав.

Існування таких «зашироких» класифікацій видів забезпечення виконання зобов'язань у черговий раз демонструє необхідність наведення чітких критеріїв відмежування видів забезпечення не тільки серед їх різновидів, а і видів забезпечення від інших способів захисту прав. У цій же роботі зупинимось на наукових підходах до диференціації саме видів забезпечення виконання зобов'язань.

Узагальнюючи такі підходи варто вказати, що основними критеріями їх поділу, що зустрічаються в юридичній літературі, є такі:

І. Залежно від підстави виникнення: 1) законні; 2) договірні. На підтримку такої класифікації П. Д. Гуйван вказує, що відповідний спосіб забезпечення має бути передбачений або імперативно (наприклад, податкова застава, нормативна неустойка), або ж бути прописаним у договорі (завдаток, порука) [39, с. 3]. Вчений також додає, що спосіб забезпечення може бути обумовлений і в окремому правочині, якщо сторони укладають його разом з основним договором, або пізніше, але до початку виконання.

Схожу класифікацію наводить І. О. Проценко, диференціюючи способи забезпечення за цим критерієм на законні (ті, що безпосередньо передбачені законом чи іншим нормативним актом), і правочинні (ті, що засновані на певному правочині). Вчений вказує, що різновидом останніх та найбільшою

групою є саме договірні, проте їх варто виділяти окремо від інших [40, с. 121].

Д. В. Соколянський дещо розширює запропоновану класифікацію та способи забезпечення виконання зобов'язань пропонує поділяти на: ті, що передбачені гл. 49 ЦК України (неустойка, порука, гарантія, завдаток, застава, притримання); б) ті, що передбачені іншими нормами цивільного законодавства України; та в) інші способи виконання зобов'язань, які передбачені договором [41, с. 475].

Варто звернути увагу й на те, що способи забезпечення виконання зобов'язання можуть бути встановлені не тільки договором чи законом, а й рішенням суду [42, с. 49]. Наприклад, встановлення застави за рішенням суду означає обтяження судом певного майна боржника (відповідача), за рахунок якого кредитор (позивач, на користь якого винесено рішення) зможе отримати задоволення при порушенні боржником покладеного на нього судом обов'язку, звернувши стягнення або оформивши право власності на заставлене майно відповідно [20, с. 69]. Водночас ст. 1057-1 ЦК України, яка стосується правових наслідків недійсності кредитного договору, передбачає можливість накладення арешту на майно, що було предметом застави за заявою кредитодавця. Такий арешт підлягає зняттю після виконання зобов'язання із повернення кредитодавцю коштів за кредитним договором, а у випадку визнання кредитного договору недійсним – після виконання зобов'язання із повернення кредитодавцю коштів, у визначеному судом розмірі. Відповідно у цьому випадку, арешт майна, який був здійснений на підставі рішення суду буде виступати видом забезпечення виконання зобов'язання, який стимулюватиме до повернення коштів за кредитним договором, а, якщо у зазначений строк зобов'язання повернути кошти не буде виконано, кредитодавець має право звернутися до суду з позовом про звернення стягнення на арештоване майно.

II. Залежно від змісту: 1) ті, які покладають на боржника додаткові майнові обтяження (неустойка, завдаток); 2) ті, що «резервують» майно, за рахунок якого можливо забезпечити майнові інтереси кредитора (застава) на

випадок невиконання чи неналежного виконання зобов'язання; 3) ті, що залучають до виконання зобов'язання, поряд із боржником, третіх осіб (порука, гарантія) (прим.: в основі – класифікація, запропонована С. І. Шимон) [31, с. 44–45].

І. В. Бондар висловлює схожий погляд, вказуючи на три групи видів забезпечення: 1) ті, що створюють для боржника невігідні наслідки у разі невиконання (неустойка, завдаток); ті, що пов'язані з виділенням з майна боржника певної частини, яка слугує задоволенню ймовірних вимог кредитора, з відстороненням від неї інших можливих кредиторів (застава, притримання); ті, що передбачають залучення до зобов'язання третіх осіб, майно яких разом із майном боржника слугує задоволенню вимог кредитора (порука, гарантія) [43, с. 151].

Подібну класифікацію наводить і Є. О. Харитонов, поділяючи способи забезпечення виконання зобов'язань таким же чином за критерієм мети встановлення та характеру забезпечення [34, с. 283–284].

Своєю чергою А. Покачалова за цим же критерієм пропонує способи забезпечення виконання зобов'язань поділяти на такі, що (1) надають кредитору право вимоги до третьої особи (порука, гарантія) та ті, що (2) надають право задоволення за рахунок певного майна (застава, притримання) [44, с. 86], «випускаючи» з класифікації неустойку та завдаток. Водночас при поділі видів забезпечення виконання зобов'язань на основні (застава, притримання, гарантія, порука), і додаткові (неустойка та завдаток) вчена все ж таки відмежовує останні від інших видів забезпечення, що підтримується і нами, з огляду на те, що вони є мірами цивільно-правової відповідальності.

III. За кількістю учасників забезпечувальних правовідносин:

1) двосторонні (боржник, кредитор); 2) багатосторонні (боржник, кредитор, третя особа, а саме гарант, поручитель) [45, с. 26; 36, с. 52]. Подібним до запропонованого критерію за своєю суттю є поділ видів забезпечення виконання зобов'язань за критерієм залучення третіх осіб до виконання

останніх.

Так, В. І. Кудрявцев, досліджуючи питання кредитних зобов'язань вказує, що до видів забезпечення в яких беруть участь лише позичальник та кредитодавець відносяться неустойка, застава, притримання тощо. Своєю чергою такими видами забезпечення виконання зобов'язань, у встановленні та реалізації яких беруть участь не лише позичальник і кредитодавець, а й особи, які не є суб'єктами забезпечувального зобов'язання, виступають порука та гарантія.

На думку вченого, цей критерій дозволяє визначити, хто саме гарантує належне виконання кредитного зобов'язання – сам позичальник, з майна або коштів якого формується забезпечення, чи третя особа, яка не є безпосереднім учасником зобов'язання, але погодилася з різних причин забезпечити належне виконання кредитного зобов'язання. Наприклад, банк, страхова організація або інша фінансова установа, фізична особа – підприємець тощо [46, с. 24].

Свого часу Ч. Н. Азімов пропонував поділ видів забезпечення виконання зобов'язань подібним чином (за суб'єктним складом) на: 1) ті, що здійснюються боржником (неустойка, завдаток); 2) ті, що здійснюються третьою особою (порука); 3) ті, що здійснюються як боржником, так і третьою особою (застава) [47, с. 316]. І. О. Проценко, підтримуючи запропонований поділ, стверджує: якщо неустойка та завдаток реалізуються як вид забезпечення боржником, то притримання майна – кредитором, тим самим додаючи до запропонованої класифікації ще одну групу: 4) ті, що здійснюються кредитором.

Варто погодитись з Л. С. Шимон у тому, що така класифікація є доцільною лише стосовно особистих видів забезпечення, оскільки саме вони розраховані на задоволення вимоги кредитора при реалізації ним своїх прав за встановленим забезпеченням за рахунок виконання обов'язку певною особою, а точніше – третьою особою – поручителем, гарантом, страховиком, авалістом, комісіонером за делькредере тощо. Коли ж йдеться про речові способи забезпечення, наприклад, заставу, то неважливо хто виступає власником

заставленого майна – боржник чи майновий поручитель. Адже в цьому випадку кредитор отримує задоволення своєї вимоги за речовим забезпеченням не за рахунок виконання особою свого обов'язку перед кредитором, як це має місце при реалізації особистих забезпечень, а за рахунок певного майна. Відповідно особа, яка надала в забезпечення певне майно, визначальною у речових забезпеченнях не виступає [31, с. 31].

IV. За критерієм попереднього виділення майна для забезпечення виконання зобов'язань: 1) ті, що пов'язані з виділенням майна, яке здатне забезпечити примусове виконання зобов'язань; 2) ті, що не пов'язані з виділенням майна, яке здатне забезпечити примусове виконання зобов'язань (неустойка, порука, гарантія) [46, с. 26].

Варто погодитись з В. І. Кудрявцевим, що практична цінність цієї класифікації полягає в тому, що вона дає змогу визначити надійність окремих способів забезпечення виконання зобов'язань. Так, вчений, досліджуючи це питання в контексті договору позики вказує, що до способів, пов'язаних з виділенням майна, спрямованого на забезпечення примусового виконання фінансових зобов'язань позичальника, які гарантують, що зміна майнового стану позичальника не вплине на задоволення вимог кредитодавця, можна віднести: майнову поруку, заставу, притримання. Натомість до способів, не пов'язаних з виділенням майна, спрямованого на забезпечення примусового виконання фінансових зобов'язань позичальника, вчений відносить: неустойку, гарантію, страхування ризику позичальника при порушенні кредитного договору, факторинг [46, с. 24].

V. Залежно від форми договору: 1) ті, яким достатньо простої письмової форми; 2) ті, які відповідно до законодавства потребують обов'язкового нотаріального посвідчення [48, с. 438]. І. В. Бондар вказує, що відповідно до ст. 547 ЦК України правочини щодо забезпечення виконання зобов'язання укладаються у письмовій формі, тому до першої групи дослідниці відносить поруку, гарантію, заставу та завдаток. Водночас для деяких видів забезпечення виконання зобов'язань передбачено обов'язкове

нотаріальне посвідчення. Так, хоча загальним правилом для договору застави є проста письмова форма, у випадках, коли предметом застави виступає нерухоме майно, космічні об'єкти, транспортні засоби, що підлягають державній реєстрації, договір застави має бути нотаріально посвідчений. Саме тому до другої групи відноситься застава нерухомості [43, с. 151].

VI. За критерієм покладення на боржника додаткових майнових витрат за порушення зобов'язання: 1) ті, які є заходами цивільно-правової відповідальності (неустойка, завдаток); 2) ті, які до них не належать (порука, гарантія, застава, притримання) [46, с. 26]. У науковій літературі висловлюється думка про те, що неустойка та завдаток відносяться до першої групи видів забезпечення виконання зобов'язання як такі, що перевищують збитки, тобто не тільки відновлюють права кредитора, а й покладають на боржника додаткові витрати майнового характеру. До другої ж групи відносять ті способи забезпечення, які надають можливість стягнути те, що підлягало виконанню за договором без покладення на боржника додаткових витрат майнового характеру [46, с. 23–24].

Є. О. Харитонов пропонує схожий поділ, але залежно від функцій, які виконуються видами забезпечення виконання зобов'язання, поділяючи способи забезпечення виконання зобов'язань на: 1) ті, що є засобами відповідальності (неустойка, завдаток, застава, порука та гарантія); та 2) ті, що є засобами захисту (притримання) [34, с. 284].

Не вдаючись в наукову дискусію щодо співвідношення понять «міри цивільно-правової відповідальності» та «міри захисту», варто підтримати думку тих науковців, які не визнають неустойку та завдаток видами забезпечення виконання зобов'язань, а характеризують їх виключно як міри цивільно-правової відповідальності [2, с. 91]. Більше того, не зрозуміло віднесення вченим до мір цивільно-правової відповідальності ще і застави, поруки та гарантії.

VII. Залежно від часу і способу встановлення (виникнення): 1) універсальні; 2) спеціальні. Така класифікація була запропонована

Є. О. Харитоновим, який до універсальних видів забезпечення відносить відшкодування боржником збитків, підкреслюючи, що цей спосіб застосовується незалежно від спеціальної домовленості сторін про це, і те, що розмір збитків може бути визначений тільки після невиконання зобов'язань. До спеціальних вчений відносить неустойку, завдаток, заставу, поруку, гарантію та притримання, як такі, що встановлюються в момент виникнення зобов'язання, коли кредитор і боржник заздалегідь уявляють собі конкретні наслідки невиконання зобов'язання [34, с. 283]. Такий поділ видів забезпечення виконання зобов'язань підтримується такими вченими, як О. С. Кізлова [49, с. 483] та С. Ю. Наріжний [50, с. 92].

Водночас таку класифікацію варто піддати критиці з огляду, по-перше, на віднесення відшкодування збитків до виду забезпечення виконання зобов'язань. Вбачається, що відшкодування збитків, як міра цивільно-правової відповідальності, не може виступати видом забезпечення, оскільки тут відсутнє конкретно визначене забезпечувальне джерело, за рахунок якого будуть задовольнятися вимоги кредитора у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання. По-друге, варто погодитись з І. Й. Пучковською, яка зазначає, що така класифікація не відрізняє забезпечення за часом їх встановлення, адже не дивлячись на те, що забезпечення, як правило, встановлюються на момент укладення договору, ніщо не заважає встановити їх і пізніше, але до порушення боржником забезпеченого договору [2, с. 89–90].

VIII. За критерієм відносин, в межах яких такі засоби забезпечення виконання зобов'язань застосовуються: 1) ті, що застосовуються у відносинах між будь-якими суб'єктами (неустойка, застava, порука); 2) ті, що застосовуються виключно у зобов'язаннях за участю фізичних осіб (завдаток); 3) ті, що застосовуються у відносинах виключно між юридичними особами (гарантія) [36, с. 52]. Вбачається, що така класифікація породжена практикою застосування видів забезпечення виконання зобов'язань у певних відносинах, проте не є досконалою. Дійсно, залежно від виду відносин, що виникають,

сторони договірної правовідносини використовують усталені в діловій практиці способи забезпечень. Так, на практиці при укладенні кредитного договору зобов'язання забезпечується переважно заставою майна як надійним речовим видом забезпечення виконання зобов'язань. Водночас не можна стверджувати те, що способи забезпечення виконання зобов'язань використовуються виключно конкретними учасниками договірних відносин. Мова йде лише про «популярність» їх застосування в окремих видах відносин, тому наведена класифікація теж підлягає критиці.

ІХ. За критерієм нормативної визначеності: 1) закріплені в законі (пойменовані); 2) не закріплені законодавчо (непойменовані).

Так, В. І. Кудрявцев, досліджуючи кредитні зобов'язання, вказує, що відносить до пойменованих способів забезпечення виконання таких зобов'язань усі (крім завдатку) способи забезпечення, що прямо визначені в гл. 49 ЦК України, а також інші способи, передбачені спеціальними законодавчими актами. Як приклад останніх автор називає договір факторингу. Вчений також вказує, що пойменовані способи забезпечення виконання зобов'язань об'єднує те, що їх реалізація пов'язана з порушенням забезпеченого договору кредиту і здійснюється в інтересах кредитодавця. До непойменованих способів забезпечення виконання кредитних зобов'язань своєю чергою вчений відносить утримання правового титулу, факторинг, цесію, вексель, договір майнового страхування тощо [46, с. 22].

В іншій же своїй більш пізній праці науковець уже відносить цесію до пойменованих способів забезпечення, а серед непойменованих називає правила про зустрічне виконання зобов'язань; купівлю-продаж цінних паперів або валюти із зобов'язанням зворотного викупу через певний строк; договірне списання коштів; довірчу передачу позичальником права власності на своє майно кредитодавцю тощо [51, с. 31]. Вбачається, що В. І. Кудрявцев так і не визначився з тим, які саме способи забезпечення вважати пойменованими, а які ні. Тим більше, віднесення деяких правових конструкцій до способів забезпечення виконання зобов'язання видається нам неможливим. Йдеться,

наприклад, про зустрічне виконання зобов'язань яке є загальним правилом для низки договірних відносин.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 538 ЦК України, якщо одна зі сторін зобов'язання не виконує свій обов'язок або існують очевидні підстави вважати, що вона не виконає його у встановлений строк (термін) чи виконає не повністю, інша сторона має право призупинити виконання свого обов'язку або відмовитися від його виконання (частково або повністю). Таке право на відмову від договору чи зупинення виконання обов'язку не є способом забезпечення виконання зобов'язання, а являє собою ніщо інше як захід оперативного впливу, який реалізується особою в порядку самозахисту.

На нашу думку, варто погодитися з І. Й. Пучковською, яка до поійменованих видів забезпечення виконання зобов'язання відносить заставу та притримання (як майнові види забезпечення); поруку та гарантію (як особисті види забезпечення). До непоійменованих видів забезпечення виконання зобов'язань вчена відносить фідучію; грошове притримання; купівлю-продаж під відкладальною умовою; резервний акредитив; зворотний завдаток; забезпечувальне зберігання речі та інші [20, с. 326–354] (як майнові види забезпечення); та страхування фінансових ризиків; забезпечувальну цесію; факторинг; місцеву гарантію; аваль, делькредере та інші (як особисті види забезпечення) [20, с. 393–428]. Таким чином, І. Й. Пучковська не тільки звертає увагу на існування поійменованих і непоійменованих видів забезпечення виконання зобов'язань, а й вказує на існування нерозривного зв'язку цієї класифікації видів забезпечення виконання зобов'язань з їх поділом на майнові та особисті.

Х. За складом забезпечувального джерела: 1) майнові (речові): застава, притримання; та 2) особисті (зобов'язальні): порука, гарантія.

За цим критерієм І. Й. Пучковська вбачає визначальну ознаку видів забезпечення виконання зобов'язання – певне майно чи обов'язок певної особи, завдяки чому задовольняються вимоги кредитора у зв'язку з порушенням забезпеченого договору [2, с. 85]. Вчена вказує, що враховуючи

захисну спрямованість та зміст (склад) забезпечувального джерела, який становить: 1) певне майно чи 2) обов'язок третьої особи виконати основне зобов'язання у разі його порушення боржником, цей критерій варто визнати основним серед інших видів поділу видів забезпечення зобов'язань [20, с. 93].

Слід зазначити, що в юридичній літературі зустрічаються подібні поділи видів забезпечення виконання зобов'язань, проте з різними визначальними критеріями. Так, за юридичною природою способи забезпечення виконання зобов'язань поділяють на: 1) зобов'язально-правові (неустойка, порука, гарантія); 2) речово-правові (застава, завдаток, притримання) [46, с. 26].

Так, О. В. Ільків стверджує, що аналіз видів забезпечення, встановлених ЦК України, дає можливість дійти висновку про їх поділ на зобов'язально-правові, речово-правові та зі змішаною правовою природою, в якій поєднуються зобов'язальні та речові способи забезпечення. Науковець розрізняє зобов'язальні способи забезпечення та речові, вказуючи, що зобов'язально-правові спрямовані на стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання, а речові, своєю чергою, мають на меті не допустити майнових втрат кредитора на випадок невиконання чи неналежного виконання боржником свого обов'язку [17, с. 103–104].

У свою чергу О. С. Кізлова спеціальні засоби забезпечення зобов'язань (що встановлюються на випадок невиконання конкретного договору) поділяє на речові (реальні) та особисті (персональні) за критерієм об'єкта, на який здійснюється вплив з метою досягнення належного виконання зобов'язання. Вчена вказує, що сутність реальних (речових) способів забезпечення належного виконання зобов'язань полягає в тому, що у випадку невиконання зобов'язань або неналежного їх виконання інтереси кредитора захищаються шляхом звернення стягнення на визначене та наперед виділене для цього майно боржника. До таких видів забезпечення зобов'язань вчена відносить заставу і завдаток. Сутність персональних (особистих) способів забезпечення належного виконання зобов'язань дослідниця вбачає в тому, що об'єктом впливу є певна особа – боржник або той, хто за нього поручився, у той час як

конкретне майно, на яке буде накладене стягнення, ще не відокремлене. До персональних (особистих) видів забезпечення належного виконання зобов'язань вона відносить штраф і поруку [49, с. 483–484].

О. П. Печений підтримує класифікацію видів забезпечення виконання зобов'язань на особисті та речові залежно від способу захисту порушених прав кредитора у випадку порушення договірної зобов'язання боржником. Науковець зазначає, що особисті способи забезпечення спрямовані на захист майнових інтересів кредитора через дії конкретно визначених осіб – поручителів, гарантів, які несуть відповідальність за виконання зобов'язання боржником. За цим критерієм порука і гарантія належать до особистих видів забезпечення виконання зобов'язань. Натомість до речових видів належить насамперед застава (іпотека), яка має речовий захист та принципово інший, порівняно з порукою, розподіл ризиків, оскільки ризики та обтяження, пов'язані з предметом застави, розподіляються залежно від того, у кого перебуває предмет застави – заставодавця, заставодержателя чи їхніх спадкоємців (правонаступників) [52, с. 366].

Своєю чергою Є. О. Харитонов для запропонованого поділу обирає критерій залежно від характеру забезпечення інтересів кредитора [34, с. 283–284].

У Німеччині також як інструменти кредитного забезпечення (не надаючи конкретний критерій поділу) виділяють особисті та речові способи забезпечення. При цьому, речові забезпечення далі поділяють на забезпечення, що засновані на рухомих предметах (речах та правах), та забезпечення, які можуть виникати щодо нерухомих предметів (тобто земельних ділянок). У кожній з утворених таким чином груп далі здійснено поділ залежно від того чи є забезпечення акцесорним. Особисті забезпечення – це ті, при яких кредитору достатньо платоспроможності особи, яка надає забезпечення. Отже, при особистих забезпеченнях завжди йдеться про право кредитора вимагати платежу від особи, яка надає забезпечення. Речові ж забезпечення, навпаки, надають кредитору право у випадку реалізації забезпечення перетворити на

гроші предмет (річ, право, земельну ділянку), щодо якого встановлено це право. Однак як при особистих забезпеченнях, так і при речових забезпеченнях існують акцесорні та неакцесорні права [53].

Так, серед акцесорних видів забезпечення виділяють: 1) особисті: *bürgschaft* (поруку), *kreditauftrag* (кредитне доручення), *patronatserklärung* (патронатну заяву); 2) речові: *pfandrechte* (заставні права), *hypothek* (іпотека). Своєю чергою до неакцесорних відносять: 1) особисті: *schuldbeitritt* (вступ у борг), *garantievertrag* (гарантійний договір); 2) речові: *sicherungsübereignung* (забезпечувальне відчуження), *eigentumsvorbehalt* (застереження про власність), *sicherungszession* (забезпечувальна цесія), *grundschuld* (поземельний борг) [53].

У Цивільному кодексі Франції способи забезпечення виконання зобов'язань прямо закріплені шляхом їх поділу на *des sûretés personnelles* (особисті забезпечення) та *des sûretés réelles* (речові забезпечення) [54]. На відміну від права Німеччини, традиційно вважається, що забезпечення, як особисті, так і речові, мають акцесорний характер у тому сенсі, що вони призначені для обслуговування основного зобов'язання, яке вони гарантують. Це означає, що режим забезпечення слідує за режимом вимоги. З цього випливає те, що встановлення забезпечення передбачає існування основного зобов'язання, яке потрібно гарантувати, а доля забезпечення тісно пов'язана з долею зобов'язання, до якого воно відноситься: якщо вимога припиняється, забезпечення зникає разом з нею [55].

Такий підхід аналогічний до підходу, закріпленого українським законодавцем у чинному ЦК України. Проте, на відміну від законодавства України, акцесорний характер видів забезпечення виконання зобов'язань напряду не закріплений у ЦК Франції, хоча такі пропозиції неодноразово висувалися. Проте акцесорний характер, який визнається за забезпеченнями, випливає з певних правил, що регулюють серед іншого поруку, яка є типовим прикладом особистого забезпечення [55].

Існування такої кількості думок щодо критерію поділу видів

забезпечення виконання зобов'язання на особисті та майнові ще раз підтверджує його важливість з огляду на призначення видів забезпечення. Водночас саме критерій їх поділу за складом забезпечувального джерела, запропонований І. Й. Пучковською. Такий критерій поділу видів забезпечення підтримується, наприклад Л. С. Шимон [31, с. 38] і П. Д. Гуйваном, який зазначає, що саме у наявності створеного наперед джерела для наступного виконання порушеного зобов'язання і таким чином ще і захисту порушеного права кредитора виявляється призначення та особливість, додатковість (акцесорність) способів забезпечення виконання зобов'язань. Джерело виконання порушеного зобов'язання створюється боржником за власний рахунок або за рахунок третіх осіб, в інтересах кредитора. Таким джерелом можуть виступати певне майно (при заставі), обов'язок третьої особи виконати порушене зобов'язання (при гарантії), грошові кошти (при завдатку). Воно формується на випадок порушення боржником свого обов'язку за договором в обсязі цього обов'язку, і спрацьовує у разі настання цивільного правопорушення [39, с. 3].

Варто зазначити, що вітчизняний законодавець при запровадженні нових способів забезпечення зосередився виключно на майнових забезпеченнях, тим самим підкреслюючи їх надійність та ефективність для захисту майнових інтересів кредитора. Так, у 2003 р. перелік способів забезпечення у ЦК України (ст. 546 ЦК України) було доповнено притриманням, а у 2019 р. – довірчою власністю. У 2012 р. у ЦК України [56] з'явилася ст. 1057-1, якою було встановлено заставу за рішенням суду¹. Зорієнтований законодавець на запровадження саме майнових забезпечення і на майбутнє. Так, у Концепції оновлення ЦК України пропонується закріпити в ньому поняття забезпечувального платежу (§ 5.20) [57, с. 42] як речового

¹ Така застава за заявою кредитора встановлюється судом у вигляді арешту майна, яке забезпечувало виконання зобов'язання за кредитним договором (або договором застави) до визнання останнього судом недійсним. Застава за рішенням суду встановлюється на забезпечення виконання обов'язку боржника-позичальника щодо повернення банку-кредитодавцю грошової суми, отриманої за кредитним договором, визнаним судом недійсним.

виду забезпечення виконання зобов'язання. Переваги майнових(речових) способів забезпечення зобов'язань перед особистими пояснюється їх надійністю. У кредитора заздалегідь є забезпечувальне джерело у вигляді певного конкретно визначеного майна боржника. Якщо при особистих видах забезпечення виконання зобов'язань особливу роль відіграє платоспроможність забезпечувального боржника (поручителя, гаранта чи ін.), то для речових видів забезпечення це неважливо. Саме тому дослідження речових видів забезпечення виконання зобов'язання, аналіз сучасних механізмів їх реалізації, а головне пошук непомічених їх видів на сьогодні є вкрай актуальним.

Аналіз питання класифікації видів забезпечення виконання зобов'язань дозволяє дійти низки висновків щодо речових видів забезпечення. Варто відзначити, що саме поділ на речові та особисті способи забезпечення є найбільш фундаментальним, оскільки він базується на природі забезпечувального джерела, що є визначальною ознакою для видів забезпечення виконання зобов'язання. При цьому і самі речові способи забезпечення виконання зобов'язань можуть бути поділені. Зокрема пропонуються такі критерії як:

1. Підстава встановлення: 1) положення закону; 2) укладення договору; 3) рішення суду. Зокрема, за цим критерієм серед речових видів забезпечення слід виокремити притримання та реалізацію невитребуваного майна як законні види забезпечення виконання зобов'язання; довірчу власність як договірний вид забезпечення. Застава ж може бути встановлена договором, законом або на підставі рішення суду.

2. Вид майна, що створює забезпечувальне джерело: 1) рухоме майно (застава рухомого майна, притримання, довірча власність); 2) нерухоме майно (застава нерухомого майна (іпотека), довірча власність) 3) грошові кошти (гарантійний платіж) 4) майнові права (застава майнових прав).

3. Дія забезпечення: 1) безпосередня (довірча власність, застава); 2) опосередкована (притримання, реалізація невитребуваного майна).

Безпосереднє забезпечення «спрацьовує» в інтересах кредитора при порушенні зобов'язання боржником як встановлене виключно на такий випадок. Притримання-забезпечення обумовлене існуванням притримання-заходу оперативного впливу. І лише за умови «переростання» притримання-заходу оперативного впливу у притримання-забезпечення кредитор зможе задовольнити свою вимогу за порушеним зобов'язанням за рахунок притриманого майна як майнового джерела на кшталт інших речових забезпечень.

4. Спосіб задоволення вимоги кредитора: 1) перехід до кредитора права власності на забезпечувальне майно (застава, довірча власність, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, договір репо); 2) отримання грошової суми від реалізованого об'єкта забезпечення (застава, притримання, довірча власність); 3) безпосереднє зарахування кредитором грошових коштів (гарантійний платіж).

5. Нормативна визначеність: 1) поійменовані – закріплені в законі в якості способів забезпечення (застава, притримання, довірча власність); 2) непоійменовані – не закріплені законодавчо в якості способів забезпечення (гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, забезпечувальне зберігання речей, реалізація невитребуваного майна, договори репо).

Отже, для диференціації всіх видів забезпечення нами в якості основного, що відбиває сутність цього інституту, обраний критерій складу забезпечувального джерела. Так всі існуючі забезпечення спираються або на майно (речові) або на обов'язок третьої особи перед кредитором (особисті). Підкреслюючи особливе значення для реального захисту порушених прав кредитора саме речових забезпечень візьмемо критерій нормативної визначеності за основу для проведення комплексного аналізу цих способів забезпечення у наступних розділах роботи. Розділ 2 присвячений поійменованим речовим забезпеченням – заставі, притриманню, довірчій власності. А розділ 3 – таким непоійменованим як: гарантійний платіж,

забезпечувальна купівля-продаж під умовою, реалізація невитребуваного майна, забезпечувальне зберігання речей, договори репо.

Висновки до розділу 1

1. Обґрунтовано, що способи забезпечення виконання зобов'язання встановлюються на випадок можливого порушення боржником забезпеченого договору з метою захисту майнових прав кредитора. Відповідно основними функціями, що виконуються способами забезпечення виконання зобов'язання, виступають стимулююча, що проявляється у впливі на боржника, спонукаючи його виконати зобов'язання належним чином, та захисна. Захисна функція є визначальною.

2. Мета способів забезпечення – гарантувати інтереси кредитора, стимулюючи боржника до належного виконання договору та надаючи реальний захист кредитору у разі порушення договору боржником.

3. Основною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язання виступає забезпечувальне джерело – майно або обов'язок третьої особи по сплаті боргу кредитору, що становить зміст захисту прав кредитора при реалізації ним певного виду забезпечення.

4. Забезпечувальному джерелу властивий грошовий характер, що обумовлено грошовою природою забезпеченого зобов'язання, на випадок можливого порушення якого встановлюються способи забезпечення виконання зобов'язання.

5. Розмір забезпечувального джерела залежить від певного виду забезпечення виконання зобов'язання. При заставі та довірчій власності забезпечувальне джерело створюється у розмірі достатньому для 1) виконання забезпеченого зобов'язання в повному обсязі та 2) притягнення боржника як порушника до цивільно-правової відповідальності (сплата неустойки, процентів, відшкодування збитків тощо). При притриманні розмір забезпечувального джерела обмежений вартістю притримуваної речі, і може

бути як більшим за розмір вимоги за забезпеченим зобов'язанням, так і меншим.

6. Неустойка та завдаток не створюють забезпечувального джерела, завдяки якому кредитор зможе отримати виконання порушеного боржником зобов'язання та відшкодувати понесені збитки. Дія неустойки та завдатку – виключно покладення додаткового майнового обов'язку на винного в порушенні зобов'язання боржника. Це міри цивільно-правової відповідальності, які застосовуються при порушенні договірних зобов'язань.

7. Речові способи забезпечення виконання зобов'язання - це встановлені договором, законом або рішенням суду способи захисту цивільних прав учасників договірних відносин, що встановлюються на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання та надають кредитору право у такому випадку отримати задоволення своїх вимог за рахунок певного майна (спеціально призначеного для цього майнового забезпечувального джерела).

8. Встановлено, що речовим непойменованим видом забезпечення виступає будь-яка забезпечувальна конструкція (не передбачена ч. 1 ст. 546 ЦК України), яка спирається на забезпечувальне джерело у вигляді певного майна. Таке джерело встановлюється на випадок можливого порушення зобов'язання боржником з метою захисту прав кредитора за його рахунок.

9. Обґрунтовано, що класифікація способів забезпечення виконання зобов'язань базується на фундаментальному критерії – складі забезпечувального джерела, що дозволяє відмежувати речові способи забезпечення від особистих та визначити їх особливу правову природу.

10. Речові способи забезпечення виконання зобов'язань можна класифікувати за різними критеріями: підставою встановлення (договір, закон, рішення суду), видом майна, що створює забезпечувальне джерело (рухоме майно, нерухоме майно, грошові кошти, майнові права), дією забезпечення (безпосередня, опосередкована), способом задоволення вимоги кредитора та нормативною визначеністю (пойменовані та непойменовані). Особлива цінність запропонованої класифікації полягає у виділенні непойменованих

речових видів забезпечення (гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, забезпечувальне зберігання речей, реалізація невитребуваного майна, договори репо), що розширює традиційне уявлення про систему забезпечень в українському цивільному праві.

11. Реалізація речових способів забезпечення виконання зобов'язань здійснюється кредитором як уповноваженою особою і шляхом самозахисту, і в юрисдикційній формі.

РОЗДІЛ 2

ПОЙМЕНОВАНІ РЕЧОВІ ВИДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

2.1. Застава

Застава є одним із найбільш вживаних речових способів забезпечення виконання зобов'язання, який серед інших забезпечень виділяється своєю надійністю. Насамперед це обумовлено характером забезпечувального джерела у вигляді виділеного наперед майна, вартість якого, як правило, більше розміру боргу за забезпеченим зобов'язанням, що дозволяє максимально забезпечити інтереси заставодержателя-кредитора. Застава ефективно стимулює боржника до належного виконання своїх зобов'язань (загрозою втрати майна), а в разі їх невиконання є дієвим способом задоволення інтересів кредитора.

Як правило застава встановлюється за домовленістю сторін – шляхом укладення окремого договору або у вигляді однієї з умов основного договору. Договір застави під загрозою його нікчемності укладається в письмовій формі (ст. 547 ЦК України). Якщо предметом застави є нерухоме майно, космічні об'єкти, транспортні засоби, що підлягають державній реєстрації, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню. Недодержання вимог стосовно нотаріального посвідчення тягне за собою нікчемність договору застави (ст. 14 Закону України «Про заставу» [58], ст. 220 ЦК України [11]).

У договорі застави мають визначатися суть, розмір, строк виконання забезпеченого заставою зобов'язання, опис предмета застави. У разі відсутності опису предмета обтяження чи якщо існуючий опис не дозволяє ідентифікувати предмет обтяження, таке обтяження є недійсним (ст. 7 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [59]).

Договір застави може передбачати оцінку предмета застави, спосіб задоволення вимоги кредитора шляхом звернення стягнення на заставлене

майно у позадоговірному порядку, інші умови.

В одиничних випадках застава встановлюється на вимогу закону на забезпечення виконання боржником певного обов'язку за конкретним договором. Як вірно зазначає О. С. Кізлова, закон або інший нормативно-правовий акт лише породжує укладання договору застави, але автоматично на підставі закону застава не виникає [60, с. 8]. Так, законна застава передбачена ч. 1 ст. 735 ЦК України на забезпечення виконання обов'язку платника ренти за договором ренти. Відповідно до положень цієї статті одержувач ренти наділений правом звернути стягнення на передане ним за договором ренти платникові ренти нерухоме майно при порушенні останнім свого обов'язку щодо виплати ренти одержувачеві.

Крім договору і закону, підставою виникнення застави може виступати рішення суду. Зокрема, ст. 1057-1 ЦК України «Правові наслідки недійсності кредитного договору» передбачено, що при визнанні недійсним кредитного договору, забезпеченого заставою майна боржника чи майнового поручителя, чи договору застави, який забезпечував виконання зобов'язання позичальника за кредитним договором, суд за заявою кредитодавця накладає на таке майно арешт. І якщо протягом встановленого судом строку для повернення кредитодавцю отриманих грошових коштів позичальник не виконає свого обов'язку, то за заявою кредитодавця суд зверне стягнення на арештоване майно з метою задоволення вимоги кредитора-кредитодавця.

Отже, застави, яка забезпечувала виконання за кредитним договором, більше не існує. Натомість на заставлене майно, яке забезпечувало виконання кредитного договору до визнання останнього недійсним або до визнання договору застави недійсним, накладається арешт за рішенням суду. В такий спосіб суд зберігає забезпечувальне джерело у вигляді раніше заставленого майна в інтересах кредитора на випадок можливого порушення боржником-позичальником встановленого судом обов'язку щодо повернення ним позичених у кредитодавця коштів. І у цьому випадку, названому законом, має місце встановлення застави за рішенням суду [113, с. 76].

У науковій літературі вірно зазначається, що право застави, закріплене законодавцем у ст. 572 ЦК України як право кредитора (заставодержателя) у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, розкриває сутність застави як речового виду забезпечення, оскільки містить вказівку на майнове джерело задоволення вимог кредитора [61, с. 70].

Розуміння застави як майнового джерела на користь кредитора є незмінним з часів римського права. Зокрема, О. С. Кізлова відзначає, що «договори застави були стародавнім інститутом римського права і як джерело акцесорних прав на чужі речі пройшли у своєму розвитку три основні етапи: *fiducia* – за яким товар передавався у власність особі за умови, що після того, як вимоги одержувача товару будуть задоволені, він поверне товар. При цьому умови повернення кредитором товару після виплати боргу були моральними, а не правовими; *pignus* – застава майна, при якій воно передавалося заставадавцем заставодержателеві лише у володіння, а не у власність; *hypotheca* – застава (в основному нерухомого майна) при якій майно залишалося у володінні боржника» [60, с. 14]. Кожен із видів застави, відомий римському праву, зазнав свого розвитку і дійшов до наших днів. З часів римського права всі відомі джерела права містять положення про заставу з метою забезпечення виконання зобов'язань боржника перед кредитором, особливо виділяючи заставу нерухомого майна.

Поступово застава втрачала фідучіарний характер. На території сучасної України за Законом 1737 р. заставне право перестало бути механізмом перетворення на право власності, а закладена річ підлягала продажу з публічного торгу. Якщо виручена від продажу сума перевищувала розмір боргу, надлишок повертався власникові закладеної речі. У прийнятому в 1800 р. Статуті про банкрутів бачимо, що для заставної нерухомості затвердився остаточно обов'язковий продаж з публічних торгів [63, с. 218].

Розуміння українським законодавцем застави як певного джерела, під

яким, перш за все, малося на увазі нерухоме та рухоме майно, яскраво простежувалося у положеннях Цивільного уложення (проект 1905 р.). Так, у п. 102 зазначалося, що особа, яка зобов'язана надати забезпечення, може це зробити шляхом «внесення грошей або цінних паперів; закладом рухомого або заставою нерухомого майна, в розмірі, що відповідає цінності забезпеченого права» [64, с. 193]. При цьому в прийнятті майна в якості застави могли відмовити, якщо воно складалося із речей, які швидко псуються чи зберігання яких ускладнено (п. 103). Рухоме майно цінувалося менше, в заставу рухоме майно приймалося в розмірі двох третіх ринкової чи біржової оціночної вартості.

У проекті Цивільного уложення 1905 р. застава, як речовий спосіб забезпечення, зазнала свого найбільшого розквіту. В цьому нормативному акті вперше в історії цивільного законодавства заставі нерухомого майна було присвячено десять відділів, а закладу рухомого майна – чотири, які разом нараховували понад 170 статей (ст.ст. 1040–1173).

Аналогічні положення про заставу містить сучасне цивільне законодавство інших країн, серед яких виділимо законодавство Німеччини, яке є класичним для країн континентального права. Так, в абзаці 1 § 232 Німецького цивільного уложення закріплено, що з метою забезпечення особа може: передати у заставу рухоме майно; встановити іпотеку на судна, що зареєстровані у німецькому реєстрі суден або реєстрі суден, що будуються; встановити іпотеку на земельну ділянку, що розташована в межах країни; передати у заставу вимоги, що внесені в книгу боргів федерації або у книгу боргів землі; передати у заставу вимоги, забезпечені іпотекою земельної ділянки, що розташована в межах країни, або передати у заставу поземельні та рентні борги, що обтяжують земельні ділянки в межах країни [22].

Як і за українським законодавством, застава для більшості зарубіжних правових систем є основним речовим способом забезпечення виконання зобов'язання, в основі забезпечувального джерела якого лежить рухоме та нерухоме майно. При цьому застава рухомого майна, як правило, передбачає

фактичне передання кредиторів заставленої речі. При заставі ж нерухомого майна з кредитором укладається договір щодо його прав на це майно, а річ залишається у володінні заставодавця. Як загальне правило право на звернення до суду з вимогою примусового продажу предмета застави для задоволення своїх майнових інтересів кредитор набуває виключно у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого заставою нерухомого майна. При цьому особливістю заставних правовідносин щодо нерухомого майна всіх без винятку країн є їх підпорядкування вимогам відкритості: нотаріальне посвідчення та реєстрація в Поземельній книзі чи іншому документі, що має статус Державного реєстру [22]. Вітчизняним законодавцем встановлена обов'язкова реєстрація іпотеки(застави нерухомого майна) в Державному реєстрі прав на нерухоме майно як обтяження речових прав на нерухоме майно (ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [65]).

На відміну від обов'язкової реєстрації іпотеки, застава рухомого майна відповідно до положень Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» може бути (ч. 3 ст. 577 ЦК України та ст. 15 Закону України «Про заставу») зареєстрована на підставі заяви заставодержателя (обтяжувача) з внесенням запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна. При цьому вітчизняний законодавець заохочує учасників заставних відносин реєструвати заставу рухомого майна, встановлюючи переважне право (пріоритет) заставодержателя зареєстрованої застави на задоволення своїх вимог із заставленого майна перед заставодержателями незареєстрованих застав, що виникли раніше зареєстрованої (ч. 4 ст. 588 ЦК України).

У заставних відносинах приймають участь: заставодавець, яким може виступати як сам боржник за забезпеченим заставою (основним) зобов'язанням, так і третя особа – майновий поручитель (що не є боржником за основним зобов'язанням) та заставодержатель – кредитор за забезпеченим заставою (основним) зобов'язанням.

Заставадавець як власник або уповноважена власником на такі дії особа передає належне йому майно в заставу на забезпечення виконання зобов'язання боржником перед кредитором. При цьому ніяких особливих вимог до майнового поручителя як заставадавця порівняно з боржником закон не передбачає. Майновий поручитель має бути власником і мати право на відчуження цього майна. З метою недопущення звернення стягнення на своє майно закон наділяє майнового поручителя правом виконати обов'язок боржника за забезпеченим заставою зобов'язання (основним). Після чого згідно положень ч. 1 ст. 512 ЦК України до майнового поручителя переходять права кредитора у зобов'язанні, забезпеченому заставою. В судовій практиці однозначно вирішене питання про визнання співіпотекодавцем (боржником чи майновим поручителем) іншого з подружжя, який не був стороною договору іпотеки, якщо в заставу було передане майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності.

З Постанови Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 03.07.2023 р. у справі № 523/8641/15 вбачаємо, що у разі задоволення позову одного з подружжя про визнання права на частку в праві спільної власності на майно, яке перебуває в іпотеці, інший з подружжя, який не був стороною договору іпотеки, а надав лише згоду на вчинення договору іпотеки іншим з подружжя, стає співіпотекодавцем. Рішення суду про визнання права на частку в праві спільної власності на майно, яке перебуває в іпотеці, є підставою для внесення до Державного реєстру запису про те, що така особа є співіпотекодавцем [66].

Заставодержатель – це завжди кредитор за основним (забезпеченим заставою) зобов'язанням. Це правило не може бути змінено, зокрема не може відбуватися відступлення прав за договором застави не одночасно з відступленням прав за основним (забезпеченим заставою) договором. Будь-яке забезпечення «слідуює», «поділяє долю» основного зобов'язання, оскільки воно встановлюється виключно з метою захисту прав кредитора на випадок можливого порушення боржником основного (забезпеченого) зобов'язання.

Відповідно до положень ст. 24 Закону України «Про іпотеку» [67] відступлення прав іпотекодержателем за іпотечним договором здійснюється за умови, що одночасно здійснюється відступлення права вимоги за основним зобов'язанням. Якщо не буде доведено інше, відступлення прав за іпотечним договором свідчить про відступлення права вимоги за основним зобов'язанням.

Значення застави для заставодержателя полягає в наданні йому переважного права перед іншими кредиторами у разі порушення боржником (заставадавцем) забезпеченого заставою зобов'язання на одержання задоволення за рахунок заставленого майна – предмета застави.

Предметом застави може виступати майно, яке не виключено з цивільного обороту. Це обумовлено потенційною можливістю реалізації заставленого майна іншим особам або його переходу у власність заставодержателя у разі невиконання чи неналежного виконання договірних зобов'язань. Зокрема, згідно з положеннями ч. 1 ст. 576 ЦК України, предметом застави виступає майно (окрема річ, сукупність речей, майнові права), яке може відчужуватися заставодавцем і на яке може звертатися стягнення. Серед речей, які можуть виступати предметом застави, розрізняються рухомі та нерухомі, застава яких є самостійними видами – заклад та іпотека.

До майнових прав, які можуть бути предметом застави відносяться: право грошової вимоги; право користування; окремі види корпоративних прав (право на частку в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю); окремі речові права на чужі речі (право за будови земельної ділянки (суперфіцій)); інші майнові права за умови, що вони відповідають критеріями належності заставодавцю на законних підставах, товарності та оборотоздатності (в тому числі права грошової вимоги орендодавця до орендаря з приводу виплати орендної плати), а також право орендаря на користування орендованим майном, а також майнові права автора за авторським договором про виплату винагороди [68, с. 64].

О. В. Ільків, вказавши на майновий характер перелічених майнових прав як предмета застави та підкресливши, що одні з них за правовою природою належать до зобов'язальних, а інші до речових прав наголошує, що це не впливає на речову природу відносин, які виникають з приводу предмету застави між заставодавцем та заставодержателем [69, с. 270], з чим важко не погодитися.

До предмета застави відноситься також майно, яке стане власністю заставодавця після укладення договору застави, в тому числі продукція, плоди та інші прибутки (майбутній урожай, приплід худоби тощо), якщо це передбачено договором (ч. 3 ст. 4 Закону України «Про заставу»). Відповідно до ч. 3 ст. 576 ЦК України права заставодержателя на річ, яка є предметом застави одночасно дає право застави на її приналежності. Таке право поширюється й на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання заставленого майна, якщо це буде передбачено договором застави.

Різноманітність предмету застави зумовлює такі її види, як іпотека, заклад, застава майнових прав, застава цінних паперів та застава товарів в обороті або у переробці. Кожен із видів застави має самостійне законодавче закріплення. Так, іпотеці, як заставі нерухомого майна, присвячений Закон України «Про іпотеку». На всі інші види застави, що спираються на рухоме майно, як забезпечувальне обтяження рухомого майна, поширюються положення Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» (правила реєстрації, пріоритету, звернення стягнення з метою задоволення вимог кредиторів). Окрім цього, в Законі України «Про заставу» кожному виду застави, крім іпотеки, присвячений самостійний розділ, зокрема, закладу – розд. IV; заставі майнових прав – розд. V; заставі цінних паперів – розд. VI, заставі товарів в обороті та переробці – розд. III.

З огляду на вартість предмета застави і розмір забезпеченої заставою вимоги, може мати місце наступна застава вже заставленого майна у разі відсутності заборони цього в укладеному договорі про заставу. При цьому згідно з ч. 2 ст. 588 ЦК України та ч. 2 ст. 18 Закону України «Про заставу»,

якщо предметом застави стає майно, яке вже є заставним забезпеченням іншого зобов'язання (боргу), заставне право попереднього заставодержателя (попередніх заставодержателів) зберігає силу. При цьому кожен заставодержатель як кредитор наділений законодавцем переважним правом на отримання задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника.

Так, ухвалою Херсонського окружного адміністративного суду від 15.06.2020 р. № ЗП-13/20 зупинено накладення арешту приватним виконавцем виконавчого округу Херсонської області Манікіним Д. С. на кошти боржника ПП «В.І.П.СТРОЙ», які призначені для погашення відсотків за кредитом та сумою кредиту за кредитним договором з АТ «Метабанк», що знаходяться на рахунках ПП «В.І.П.СТРОЙ», відкритих в АТ «Метабанк» МФО 313582 для забезпечувальних цілей [70].

Регулювання відносин у разі перезастави майна здійснюється за принципом старшинства. Так, згідно з ч. 3 ст. 588 ЦК України перший заставодержатель має переважне право перед наступними на задоволення своїх вимог, а претензії наступних задовольняються в порядку черговості виникнення права застави. Фактично цей підхід є втіленням ще римського принципу, що «перший у часі є сильнішим у праві». При цьому закони України «Про іпотеку» та «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» визначають пріоритетність прав різних осіб на одне і теж заставлене майно, встановлюючи винятки з принципу старшинства щодо заставодержателів зареєстрованих застав перед заставодержателями незареєстрованих застав (ч. 4 ст. 588 ЦК України, ст. 4 Закону України «Про іпотеку», ст. 14 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»).

Стосовно ж співвідношення приватних і публічних обтяжень при заставі, то, як вірно наголошує І. В. Спасибо-Фатєєва, держава, в разі участі в цивільно-правових відносинах, при іпотеці не має жодних переваг перед іншими учасниками правовідносин і публічне обтяження не має пріоритету

перед договірним, якщо воно виникає пізніше. Законодавство базується на їхній рівності та пріоритетності, що встановлюється часовими параметрами реєстрації [71, с. 14].

У сучасній доктрині цивільного права не має однозначного вирішення питання щодо природи застави. Після закріплення в ЦК УРСР 1963 р. положень про заставу як одного зі способів забезпечення виконання зобов'язань (гл. 16 «Забезпечення виконання зобов'язань»), в розд. III «Зобов'язальне право» (а в першому Цивільному кодексі України 1923 р., як і в дореволюційному українському законодавстві, положення про заставу були розміщені серед речових прав) у науковій літературі загострилася дискусія щодо правової природи застави, яка триває й дотепер. Одні науковці, з урахуванням того, що законодавець визначає предметом застави як речі, так і майнові права, котрі можуть бути придбані в майбутньому, тобто що предметом заставних відносин можуть бути речі, які в матеріальному світі не існують, відстоюють зобов'язально-правову природу заставних відносин [69, с. 27].

При цьому одним з аргументів прихильників зобов'язальної природи заставних відносин є вказівка на місце розташування положень про заставу в структурі ЦК України, а саме – у Книзі «Зобов'язальне право». Крім того, дослідники вказують на відносний характер зобов'язання між заставодавцем і заставодержателем як характерну особливість застави, наголошуючи на акцесорному характері заставного зобов'язання, яке є похідним від основного. Вони вбачають несамотійний характер заставного зобов'язання порівняно з речовим правом, яке прив'язується до конкретної речі як об'єкта правовідносин. Отже, наголошуючи на тому, що застава виступає способом забезпечення виконання зобов'язання, дослідники визначають її природу як зобов'язальну, і вказують, що її призначення - стимулювати боржника до належного виконання зобов'язання та зменшити чи усунути можливості втрати майна [72].

Інші дослідники дотримуються думки про змішану природу застави.

Зокрема, О. А. Загорулько ставить під сумнів єдину правову природу застави і пропонує визначати останню в залежності від характеристики предмету застави: 1) застава, що має речовий характер (заклад рухомих речей, іпотека) та застава, що має зобов'язальний характер (застава прав на товари в обороті або у переробці) [73, с. 11]. Подібної думки дотримується й С. В. Нижний, вказуючи, що правова природа застави майнових прав повинна визначатися як речово-зобов'язальний спосіб забезпечення виконання зобов'язань, оскільки саме такий спосіб найбільш повно враховує як зобов'язальну, так і правову природу даної інституції [68, с. 12].

Більшість же науковців висловлюються на користь речової природи застави. Так, В. А. Другова вважає, що речовий характер прав заставодержателя підтверджується потенціалом можливостей здійснювати обмежене панування над річчю (що належить власникові), яке полягає в отриманні права власності на річ або права на її цінність за певних умов; здійснювати контроль за користуванням цією річчю власником з тим, щоб цінність речі не змінилася. Дослідниця підкреслює речовість прав заставодержателя, який може стати власником речі або набути право розпоряджатися нею за певних умов [74, с. 7].

Підтримуючи думку про речову природу права застави, У. М. Кубара наголошує, що права заставодержателя на предмет застави підлягають захисту від усіх (в тому числі і від власника) [75, с. 343].

М. М. Дякович речову природу застави аргументує чотирма чинниками: 1) застава зберігається під час переходу предмета застави у власність другої особи; 2) надає право на абсолютний захист; 3) вимоги заставодержателя задовольняються переважно перед іншими кредиторами; 4) колізія між речовими правами вирішується за принципом старшинства, зокрема, задоволення вимог першого заставодержателя з вартості предмету застави здійснюється раніше наступних заставодержателів [76, с. 20].

Приєднуючись до полеміки щодо правової природи заставних прав, О. В. Ільків зазначає, що зміст права застави полягає в забезпеченні виконання

зобов'язань, надаючи заставодержателю (іпотекодержателю) низку правомочностей на предмет застави (іпотеки) у разі невиконання боржником своїх обов'язків [69, с. 69]. Дослідник називає належне кредиту заставне право певним обтяженням для власника в аспекті обмеження здійснення правомочностей, які складають зміст права власності, і наголошує, що це обтяження надає право кредиту, який перебуває в зобов'язальних відносинах з боржником, у разі невиконання регулятивного зобов'язального правовідношення на задоволення своєї вимоги із заставленого майна, яке є предметом застави (іпотеки). Вчений розглядає право застави (забезпечувальне речове право) серед інших речових прав на чуже майно, яке у випадках, встановлених законом або договором надає доступ до речей, власником яких є інша особа [69, с. 69].

Між тим Р. А. Майданик вважає, що заставне речове право має іншу мету, ніж речові права на чужу річ, в основі яких лежить чинник володіння та користування річчю управненою особою на основі титулу власника. Він наголошує, що застава є речовим правом на мінову вартість предмета застави, яке породжує можливість прямого і безпосереднього відношення між особою і річчю з приводу задоволення вимог кредитора за рахунок коштів реалізації заставленої речі [77, с. 34].

На нашу думку, те, що після укладення договору про заставу (договір – зобов'язання, яке наділяє заставодержателя правом застави – речовим правом) так само, як і при заставі, встановленій законом та рішенням суду, права заставодержателя полягають у зверненні стягнення на певне (визначене) майно з метою задоволення своєї вимоги при порушенні боржником забезпеченого заставою зобов'язання, і при цьому здійснюються не шляхом пред'явлення вимоги до боржника про виконання як зобов'язаною особою свого обов'язку, свідчить на користь речової природи застави (права застави).

Вважаємо, що при здійсненні роботи над положеннями про заставу в процесі рекодифікації ЦК України доцільним буде розмістити положення, що розкривають зміст право застави, серед інших речових прав на майно у Книзі

третій ЦК України «Право власності та інші речові права». При цьому сама ж застава, як речовий вид забезпечення, має бути названа серед інших способів забезпечення (ст. 546 ЦК України), що дозволяє розуміти її призначення як майнового забезпечувального джерела, встановленого для захисту прав кредитора на випадок можливого порушення зобов'язання боржником. До речі місце права застави серед речових прав відповідає світовій тенденції, про що свідчить цивільне законодавство європейських країн [60, с. 15].

«Речевість» застави забезпечує надійне задоволення вимог кредитора за рахунок майнового забезпечувального джерела (спеціально для цього виокремленого договором, законом, рішенням суду певного майна). Згідно з ч. 2 ст. 589 ЦК України застава забезпечує вимоги кредитора-заставодержателя у повному обсязі, що визначається на момент фактичного задоволення. Це буде повернення суми основного боргу, включаючи сплату процентів за користування чужими грошима; стягнення неустойки, процентів-відповідальності, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідних витрат на утримання заставленого майна, а також витрат, понесених у зв'язку з пред'явленням вимоги, якщо інше на випадок порушення зобов'язання сторони не встановили договором застави.

Одержання задоволення за рахунок заставленого майна кредитор-заставодержатель отримує шляхом звернення стягнення на предмет застави. Згідно з положеннями ст.ст. 20–21 Закону України «Про заставу», звернення стягнення на заставлене майно здійснюється за рішенням суду, на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо інше не передбачене законом або договором застави. Виключно за рішенням суду звертається стягнення на заставлене майно державного підприємства. Реалізація ж заставленого майна, на яке звернено стягнення, провадиться державним чи приватним виконавцем на підставі виконавчого листа суду або наказу господарського суду, або виконавчого напису нотаріусу шляхом його продажу на аукціонах (публічних торгах), у тому числі у формі електронних торгів, якщо інше не передбачено договором. Виключно з аукціонів (публічних торгів) здійснюється реалізація

державних підприємств та відкритих акціонерних товариств, створених у процесі корпоратизації, всі акції яких перебувають у державній власності (ст. 21 Закону України «Про заставу»).

Порядок звернення стягнення на заставлене нерухоме майно визначений Законом України «Про іпотеку», а на рухоме майно – Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». Обидва закони встановлюють звернення стягнення на заставлене майно як на підставі рішення суду, так і шляхом позасудового врегулювання.

Враховуючи особливе значення у заставних відносинах іпотеки – застави нерухомого майна як одного із ефективних способів захисту прав та інтересів кредитора-іпотекодержателя [78, с. 43], далі розглянемо дію застави для задоволення кредитора-заставодержателя на прикладі реалізації ним своїх прав за іпотекою.

Реалізація кредитором як іпотекодержателем своїх прав за іпотекою зумовлена порушенням забезпеченого іпотекою зобов'язання, і здійснюється виключно з метою захисту ним своїх порушених прав шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки, що може мати місце як в судовому так і позасудовому порядку.

Судовий порядок звернення стягнення на предмет іпотеки передбачає звернення кредитора-іпотекодержателя до суду з позовом про звернення стягнення на предмет іпотеки. Враховуючи, що способи захисту, застосовуючись кредитором, як уповноваженою особою, у разі порушення договору, мають на меті відновити порушене право, компенсувати витрати, викликані порушенням, а застосування кредитором не одного, а кількох способів захисту законом не забороняється, такий спосіб захисту, як звернення стягнення на іпотечне майно, цілком законно може бути застосований кредитором у разі невиконання боржником рішення суду про стягнення кредитної заборгованості, дозволяючи кредитору задовольнити свою вимогу в повному обсязі. Тому Верховний Суд України у справі № 73цс13 вказав, що у разі невиконання боржником рішення суду про стягнення з боржника на

користь кредитора заборгованості за кредитним договором, останній має право на отримання сум шляхом звернення стягнення на передане боржником в іпотеку нерухоме майно, однозначно висловившись в інтересах захисту кредитора-іпотекодержателя [79].

Згідно з ч. 1 ст. 41 Закону України «Про іпотеку» реалізація предмета застави – нерухомого майна, на який звертається стягнення за рішенням суду або за виконавчим написом нотаріуса, проводиться державним виконавцем в примусовому порядку шляхом продажу на прилюдних торгах у межах процедури виконавчого провадження з дотриманням вимог цього Закону, якщо інше не передбачено рішенням суду. А рішення суду за ст. 39 Закону України «Про іпотеку» може передбачати реалізацію предмета іпотеки також шляхом продажу іпотекодержателем предмета іпотеки третій особі відповідно до ст. 38 цього Закону. Відповідно реалізація предмета іпотеки за рішенням суду може передбачати такі її способи, як проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу, встановленої ст. 38 цього Закону.

Звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі виконавчого напису нотаріуса здійснюється в безспірному порядку шляхом звернення кредитора-іпотекодержателя до нотаріуса, який вчиняє виконавчий напис з додержанням положень гл. 14 Закону України «Про нотаріат» [80], Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріуса» [81] та гл. 16 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [82]. Вчинений нотаріусом виконавчий напис має бути переданий державному виконавцю для примусового виконання протягом трьох років з моменту його вчинення (ст. 12 Закону України «Про виконавче провадження») [83]. Згідно з ч. 1 ст. 41 Закону України «Про іпотеку» реалізація предмета застави – нерухомого майна, на який звертається стягнення за рішенням суду або за виконавчим написом нотаріуса, проводиться шляхом продажу на прилюдних торгах, у тому числі у формі електронних торгів.

Альтернативу примусовому порядку звернення стягнення на предмет іпотеки представляє договірний порядок, передбачаючи звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом укладення та реалізації договору про задоволення вимог іпотекодержателя. Укладення учасниками іпотечних відносин договору про задоволення вимог іпотекодержателя означає їх домовленість на здійснення захисту кредитором-іпотекодержателем самотійно (без звернення до юрисдикційних органів), тобто в порядку самозахисту. Реалізуючи належне йому право іпотеки кредитор-іпотекодержатель за договором про задоволення вимог іпотекодержателя при порушенні зобов'язання боржником самотійно здійснює звернення стягнення на предмет іпотеки, отримуючи задоволення своїх вимог в повному обсязі.

Договірний (добровільний) порядок звернення стягнення на предмет іпотеки закріплений законодавцем у ст. ст. 36–38 Закону України «Про іпотеку». Право кредитора як іпотекодержателя на самотійне звернення стягнення на предмет іпотеки у разі досягнення домовленості про це з іпотекодавцем може бути передбачене як в іпотечному договорі застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, так і в договорі про задоволення вимог іпотекодержателя (ст. 36 Закону України «Про іпотеку»). Різниця між застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя і договором про задоволення вимог іпотекодержателя в тому, що застереження є невід'ємною частиною іпотечного договору, а договір про задоволення вимог іпотекодержателя укладається як окремий договір. Зміст же застереження про задоволення вимог іпотекодержателя і договору про задоволення вимог іпотекодержателя тотожній, що дозволяє визнати застереження в іпотечному договорі різновидом договору про задоволення вимог іпотекодержателя [20, с. 348].

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя є залежним від іпотечного договору, укладається виключно для конкретизації такої умови іпотечного договору, як умова про спосіб задоволення вимог іпотекодержателя. Без іпотечного договору такий договір не має сенсу та

значення. Він недійсний. Іпотечний договір – головний, а договір про задоволення вимог іпотекодержателя – безпосередньо залежний від нього.

Як зазначає І. Й. Пучковська, договір про задоволення вимог іпотекодержателя може бути укладений у формі: а) окремого договору. У цьому випадку він повинен мати посилання на іпотечний договір, а останній – на договір про основне зобов'язання; б) застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі. У цьому випадку іпотечний договір повинен посилатися на договір про основне зобов'язання; в) застереження, що міститься в іпотечному договорі, який з договором, що обумовлює основне зобов'язання, оформлений у вигляді одного документа (наприклад, договору позики чи кредитного договору) [84, с. 45–48].

У договорі про задоволення вимог іпотекодержателя та однойменному застереженні іпотечного договору учасниками іпотечних відносин визначається спосіб звернення стягнення кредитора-іпотекодержателя на предмет іпотеки. Відповідно до положень Закону України «Про іпотеку» [67] це може бути: 1) передача іпотекодержателю права власності (спеціального майнового права) на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання за правилами, встановленими ст. 37 цього Закону, та 2) право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки або відступити спеціальне право будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу за правилами, встановленими ст. 38 Закону України «Про іпотеку».

Крім встановлення способу звернення стягнення кредитора-іпотекодержателя на предмет іпотеки, у договорі про задоволення вимог іпотекодержателя мають бути зазначені умови, у разі настання яких кредитор-іпотекодержатель може використати своє право на самостійне звернення стягнення на предмет іпотеки; порядок визначення вартості, за якою кредитор-іпотекодержатель набуває право власності/спеціальне майнове право на предмет іпотеки; прийнятні способи обміну повідомленнями між кредитором-іпотекодержателем та іпотекодавцем тощо.

З огляду на такі можливості кредитора іпотекодержателя за договором

про задоволення вимог не виключається використання цього договору сторонами з метою «виведення» певного нерухомого майна власника-іпотекодавця, тобто здійснення неможливим задоволення за його рахунок законних вимог інших кредиторів цього іпотекодавця як боржника за іншими зобов'язаннями. Тому може стояти питання про визнання договору про задоволення вимог іпотекодержателя недійсним на підставі загальних засад цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 ЦК України), якщо останній укладений з метою зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК України). Йдеться, зокрема, про випадки, коли учасники цивільного обороту використовують такий договір з метою унеможливлення звернення стягнення на майно боржника на користь іншого кредитора (для уникнення, наприклад, сплати боргу або виконання судового рішення про стягнення боргу (коштів, збитків, шкоди), що набрало законної сили, чи виконавчого напису). Правопорядок не може залишати поза реакцією такі дії, які, хоч і не порушують конкретних імперативних норм, але є очевидно недобросовісними та зводяться до зловживання правом.

Отже, договір про задоволення вимог іпотекодержателя, як і будь-який інший договір, може бути фраздаторним договором – договором, що вчиняється на шкоду кредиторам. Якщо постане таке питання, то слід розуміти, що до обставин, які дозволять кваліфікувати договір про задоволення вимог іпотекодержателя як такий, що вчинений на шкоду кредитору, зокрема, можуть бути віднесені: обсяг зобов'язань іпотекодержателя, яке забезпечується іпотекою; створення не передбачених законом переваг іпотекодержателя перед іншим кредитором; момент укладення договору (зокрема, після настання строку повернення боргу, та/або під час виконавчого провадження, після припинення основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою спірного майна, повністю або в значній частині); контрагент, з яким боржник вчиняє оспорюваний договір (наприклад, родич боржника (зокрема, син, онук, мати), дружина чи колишня дружина боржника, чоловік чи колишній чоловік боржника, пасинок боржника, пов'язана чи афілійована юридична особа, інший кредитор).

Якщо задоволення вимоги кредитора-іпотекодержателя відбувається шляхом передачі кредитору-іпотекодержателю права власності (спеціального майнового права) на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, то договір про задоволення вимог іпотекодержателя або однойменне застереження в іпотечному договорі виступають документами, що підтверджують перехід права власності (спеціального майнового права) на предмет іпотеки до кредитора-іпотекодержателя і виступають підставою для внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Безпосередньо право власності (спеціальне майнове право) у кредитора-іпотекодержателя на предмет іпотеки виникає з моменту державної реєстрації права власності (спеціального майнового права) кредитора-іпотекодержателя на предмет іпотеки.

Якщо учасники іпотечних відносин домовилися про задоволення вимоги кредитора-іпотекодержателя шляхом продажу предмета іпотеки або відступлення спеціального майнового права будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, то укладання останнього здійснюються кредитором-іпотекодержателем від свого імені, на підставі іпотечного договору, який містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, що передбачає право кредитора-іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки або відступлення спеціального майнового права, без необхідності отримання для цього будь-якого окремого уповноваження іпотекодавця. Для нотаріального посвідчення такого договору купівлі-продажу правовстановлюючий документ на предмет іпотеки нотаріусом не вимагається. Укладений кредитором-іпотекодержателем договір купівлі-продажу предмета іпотеки виступає правовою підставою для реєстрації права власності (спеціального майнового права) покупця на придбане нерухоме майно, об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості.

Сьогодні актуальною проблемою, що не може знайти свого вирішення на практиці протягом значного часу, є виселення мешканців із іпотечного

житла при зверненні на нього стягнення за боргами власника-іпотекодавця [85, с. 7]. Наприклад, у Постанові Великої Палати Верховного Суду від 22.03.2023 р. у справі № 361/4481/19 зазначається, що порядок звернення стягнення на предмет іпотеки не впливає на встановлені законом гарантії надання іншого житлового приміщення при вирішенні судом спору про виселення з іпотечного майна, передбачені ч. 2 ст. 109 Житлового кодексу України (далі – ЖК України) [86]. Суд зазначає, що це стосується не тільки випадків виселення мешканців при зверненні стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку, а й у разі виселення мешканців при зверненні стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку, коли мешканці відмовляються добровільно звільнити житлове приміщення [87].

Відтак, при зверненні стягнення на таке іпотечне майно як житло (жилі будинки чи квартири у багатоквартирних будинках, що належать на праві приватної власності фізичним особам) суди, застосовуючи положення ст. ст. 33, 39, 40 Закону України «Про іпотеку» [67], з урахуванням положень ст. ст. 9, 109 ЖК України [86], беруть до уваги, що мешканцям, яких виселяють з жилих приміщень, «одночасно надається інше постійне жилає приміщення, за винятком виселення громадян при зверненні стягнення на жилі приміщення, що були придбані ними за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного жилого приміщення». Це постійне жилає приміщення, що має надаватися особі, яку виселяють, обов'язково зазначається в рішенні суду. Суди не маючи можливості вказати таке житло і захищаючи житлові права мешканців, відмовляють в їх виселенні з жилого приміщення, на яке звертається стягнення. І новий власник житла, на яке було звернене стягнення кредитором-іпотекодержателем, роками буде вимагати виселення мешканців, не в змозі користуватися придбаним ним житлом на свій розсуд.

Отже, суди, не маючи можливості виконати встановлену законодавцем вимогу – зазначити в рішенні суду постійне жилає приміщення, що надається особам, яких виселяють, відмовляють у виселенні осіб, які проживають в

іпотечному житлі. Тим самим суди займають сторону боржників-власників житла, яке було передане ними в іпотеку з метою забезпечити виконання зобов'язання з повернення грошових сум за договорами позики, кредитними договорами. Не викликає сумнівів, що унеможливлення виселення громадян без надання іншого жилого приміщення, яке має бути зазначено в рішенні суду, суперечить інтересам кредитора (іпотекодержателя) та нового власника житла, на яке було звернуто стягнення. Адже іпотека приваблює кредитора-іпотекодержателя перш за все реальною можливістю задоволення своїх вимог за рахунок нерухомого майна у разі невиконання боржником забезпеченого нею зобов'язання, не позбавляючи при цьому іпотекодавця (власника) можливості користуватися цим майном впродовж строку її дії [20, с. 305].

Проблема, як вбачається, полягає в суперечливому законодавчому врегулюванні питання щодо виселення мешканців із житлових будинків, квартир, на які звертається стягнення кредитором (іпотекодержателем) у зв'язку з порушенням боржником зобов'язання, забезпеченого іпотекою цього майна, положеннями Закону України «Про іпотеку» [67] та ЖК України [86]. Так, звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі рішення суду здійснюється відповідно до ст. 39 Закону України «Про іпотеку», згідно з частинами 1, 2 якої у разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет іпотеки одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя виносить рішення про виселення мешканців за наявності підстав, передбачених законом, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення.

Частина 1 ст. 40 Закону України «Про іпотеку» підставою для виселення мешканців із житлових будинків та приміщень, переданих в іпотеку, називає звернення стягнення на передані в іпотеку житловий будинок чи житлове приміщення і закріплює загальне правило, що виселення проводиться у порядку, встановленому законом.

У ЖК України нормою, яка встановлює порядок виселення із займаного житлового приміщення, є ст. 109. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 109 цього

Кодексу «Громадянам, яких виселяють з жилих приміщень, одночасно надається інше постійне жилає приміщення, за винятком виселення громадян при зверненні стягнення на жилі приміщення, що були придбані ними за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного жилого приміщення. Постійне жилає приміщення, що надається особі, яку виселяють, повинно бути зазначено в рішенні суду» [86].

Такий вигляд має редакція ст. 109 ЖК України після внесення до неї змін Законом України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредитором та споживачами фінансових послуг» від 22.09.2011 р. [88]. Як бачимо, ч. 2 ст. 109 ЖК України встановлює загальне правило про неможливість виселення громадян без надання іншого жилого приміщення. Як виняток, допускається виселення громадян без надання іншого жилого приміщення при зверненні стягнення на жилає приміщення, що було придбане громадянином за рахунок кредиту, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного жилого приміщення.

Проблема вбачається в тому, що законодавець ст. 109 ЖК України, розміщену у гл. 2 ЖК України «Користування жилими приміщеннями в будинках державного і громадського житлового фонду», що розрахована на виселення громадян-наймачів, які проживають за договором найму жилого приміщення (ст. 61 ЖК України) в будинках державного і громадського житлового фонду (ст. 4 ЖК України), поширив на громадян, яким жилі будинки (квартири) належать на праві власності. Саме на праві власності фізичній особі має належати житловий будинок чи квартира для того, щоб бути переданою в іпотеку на забезпечення виконання зобов'язань боржника – власника цього майна. Положення Закону України «Про іпотеку» розраховані на регулювання відносин в умовах ринкової економіки, де житлові будинки та квартири, що належать фізичним особам на праві власності, виступають товаром, і на них за боргами власника вертається стягнення.

Отже, власник розпоряджається своїм майном – квартирою (будинком)

на власний розсуд, зокрема шляхом передачі в іпотеку на забезпечення виконання своїх обов'язків за договором (позики чи кредитним). У разі порушення власником іпотечного майна своїх обов'язків – неповернення грошових коштів за договором, на майно, що забезпечувало виконання обов'язку власника, в тому числі житловий будинок (квартиру) має звертатися стягнення. А звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника є однією із підстав припинення права власності (ст. 346 ЦК України).

Зовсім інша природа відносин, врегульованих ст. 109 гл. 2 ЖК України, – між державою, як власником житлового фонду, та громадянами – як особами, що мають право на одержання безоплатного житла для постійного проживання в ньому в якості наймачів та членів сім'ї наймача. Не маючи житла у власності, такі громадяни не можуть ним розпоряджатися, в тому числі передавати в іпотеку на забезпечення виконання своїх зобов'язань за договорами позики (кредиту). І, відповідно, стосовно таких громадян взагалі не може постати питання про виселення в зв'язку із зверненням стягнення на іпотечне майно (будинок/квартиру).

Як бачимо, точкові законодавчі зміни (без врахування природи і особливостей правового режиму житла різних житлових фондів) положень ЖК України призвели до того, що ефективний речовий спосіб забезпечення – іпотека – не виконує свою захисну (забезпечувальну) функцію, якщо забезпечувальне джерело складає таке майно як житлова нерухомість. І без внесення змін до законодавства ця проблема не може бути вирішена.

2.2. Притримання

У законодавстві України притримання речі вперше зазнало закріплення як один із видів забезпечення виконання зобов'язань у 2003 р. у новому ЦК України [11]. Відповідно до положень ч. 1 ст. 594 ЦК України кредитор, який законно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у встановлений строк зобов'язання щодо

оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків, має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Крім того, законодавець вказує, що притриманням речі можуть забезпечуватися й інші вимоги кредитора, якщо інше не передбачено договором або законом (ч. 2 ст. 594 ЦК України).

Як бачимо, визначаючи право притримання, вітчизняний законодавець не встановив обмежень ні щодо виду та характеру зобов'язань, виконання яких може забезпечуватися притриманням, ні щодо категорій учасників цивільних правовідносин, які мають право застосувати цей забезпечувальний засіб, ні щодо самої притримуваної речі (рухома чи нерухома), що надає можливість дослідникам висловлювати своє бачення щодо цього нового виду забезпечення.

Так, стосовно зобов'язань, виконання яких може забезпечуватися притриманням, В. І. Борисова, зазначає, що притримання є юридично визначеною можливістю уповноваженої у зобов'язальних правовідносинах особи притримати річ у себе до моменту виконання боржником його зобов'язання з її оплати або відшкодування кредитором пов'язаних із нею витрат [89, с. 207].

Погоджуючись з тим, що метою притримання речі є стимулювання боржника в зобов'язальному правовідношенні до виконання порушеного ним обов'язку, як правило, з оплати виконаної роботи, наданої послуги щодо притримуваної речі, М. А. Тіхонова, додає, що притримання речі може застосовуватися ще й в інших випадках, адже відповідно до ч. 2 ст. 594 ЦК України, притриманням речі можуть забезпечуватись інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом [90, с. 67].

Отже, притримання може застосовуватися щодо забезпечення двох груп зобов'язань. До першої законодавець включає відповідно до положень ч. 1 ст. 594 ЦК України зобов'язання по оплаті самої притримуваної речі та відшкодуванню витрат та збитків кредитора з нею пов'язаних, а до другої – інші вимоги кредитора (ч. 2 ст. 594 ЦК України). На нашу думку, під «іншими»

вимогами кредитора слід розуміти вимоги, не пов'язані з оплатою або відшкодуванням кредитору пов'язаних із притримуваною річчю витрат.

Як вбачається, насамперед, це можуть бути грошові вимоги, що вже виникли між цими ж сторонами при виконанні інших договорів. Наприклад, кредитор може притримати річ боржника за тим договором, який надає йому таку можливість, у зв'язку з порушенням боржником перед кредитором іншого договору раніше. Тобто кредитору надається право притриманням речі боржника задовольнити свої вимоги за іншим договором, який такої можливості не надавав. Крім того, як «інші вимоги кредитора» можуть розглядатися вимоги за порушеним договором позики, які кредитор зможе задовольнити завдяки притриманню речі боржника за договором перевезення або зберігання. Також, якщо у зберігача є можливість задовольнити свої вимоги за договором позики завдяки притриманню речі поклажодавця, який виступає позичальником, то в ч. 2 ст. 594 ЦК України немає нічого, щоб забороняло йому це зробити.

Відсутність законодавчої заборони і грошовий характер зобов'язань щодо притримуваної речі дозволяють зробити таке припущення стосовно природи «інших» вимог кредитора, які забезпечує право притримання. Позиція Верховного Суду з цього питання знайшла відбиток у п. 6.10 та 6.11 Постанови Верховного Суду від 05.04.2024 р. у справі № 916/101/23 [91]. Верховний Суд зазначивши, що «притримання може використовуватися в договірному зобов'язанні, яке виникло між кредитором і боржником щодо речі, яка стає предметом притримання, а також відповідно до ч. 2 ст. 594 ЦК України притриманням речі можуть забезпечуватися інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом», зробив висновок, що «притриманням може забезпечуватися виконання будь-якого зобов'язання боржника перед кредитором (як договірною, так і позадоговірною)» [91].

На нашу думку, прикладом забезпечення виконання недоговірного зобов'язання притриманням речі боржника як «інших» вимог кредитора може бути випадок існування між сторонами договору, за яким річ боржника

знаходиться у кредитора (саме тому останній може фактично притримувати її), і невиконаного недоговірною зобов'язання. Зокрема, якщо поклажодавець завдав шкоди майну чи здоров'ю зберігача, то останній, як кредитор за зобов'язанням по відшкодуванню шкоди, має право застосувати притримання речі боржника за договором зберігання з метою задоволення своєї вимоги за зобов'язанням по відшкодуванню шкоди. При цьому необхідно зазначити, що «інші вимоги кредитора» будуть забезпечуватися притриманням, якщо в договорі, за яким певна річ передається у володіння кредитору, в нашому прикладі – договору зберігання, не встановлено заборону щодо цього.

Неоднозначним у науці цивільного права є й питання щодо характеру речі, яка може виступати предметом притримання, зокрема йдеться про застосування притримання щодо нерухомості. У ст. 594 ЦК України не знаходимо відповіді на питання яка саме - рухома чи нерухома річ може бути об'єктом притримання. Проте, як правомірно стверджує І. Й. Пучковська, аналіз правового режиму речей свідчить на користь того, що предметом притримання може бути все ж таки тільки рухома річ [2, с. 280].

Іноземний досвід з цього питання не допомагає, адже є суперечливим. Так, німецький законодавець забороняє притримання нерухомості (ст. 369 Німецького торгового уложення) [92, с. 280], тоді як, наприклад, у Нідерландах притримання нерухомого майна має місце (ст.ст. 99, 100, 105 ЦК Нідерландів). Зокрема, ст. 100 ЦК Нідерландів наділяє орендаря правом притримання наданої йому в довготривалу оренду нерухомості до сплати власником-орендодавцем відшкодування вартості створених ним будівель та споруд, поліпшень, які переходять власнику після закінчення довгострокової оренди; ст. 105 ЦК Нідерландів передбачає право притримання забудовника щодо тієї нерухомості, яку йому дозволено знести [93].

Відтак, проблема притримання нерухомого майна викликана необхідністю державної реєстрації прав на нерухоме майно, а це суперечить сутності правової природи та оперативності механізму дії притримання як заходу оперативного впливу, адже кредитор при притриманні є фактичним, а

не юридичним (не титульним) володільцем. І навіть у разі реєстрації ним права притримання, якщо притримувана річ вибуде із його володіння, то право притримання припиняється і не може бути відновлено на його вимогу. Відповідно, оскільки притримання як майновий вид забезпечення походить від права притримання – заходу оперативного впливу, притримання нерухомих речей навряд чи є можливим. До речі, жодне із джерел дореволюційного цивільного законодавства, що діяло на території теперішньої України, не передбачало можливості притримання нерухомої речі. Як результат розвитку цього способу захисту прав кредитора у проєкті Цивільного Уложення 1905 р. притримання визначалося як «можливість особи притримати особливо визначене рухоме майно у себе у вигляді забезпечення допоки їй не будуть відшкодовані понесені витрати на майно або причинені майном збитки» (ст. 1642 Цивільного Уложення) [94, с. 589].

Крім загального правила про притримання, закріпленого у ст. 594 ЦК України, законодавець встановлює можливість притримання в певних договорах, за якими річ однієї особи знаходиться у іншій [95, с. 25–26]. Так відповідно до ч. 4 ст. 916 ЦК України за договором перевезення перевізник має право притримати переданий йому для перевезення вантаж для забезпечення внесення провізної оплати. Комісіонер з метою забезпечення своїх вимог за договором наділяється законодавцем правом притримати річ, яка має бути ним передана комітентові (ст. 1019 ЦК України). Безумовно, вимоги комісіонера стосуються виплати комісіонеру комітентом плати за надану послугу (ст. 1013 ЦК України) та відшкодування витрат, понесених при виконанні договору комісії (ст. 1024 ЦК України). При цьому законодавець встановлює, що у разі, якщо комітента буде оголошено банкрутом, то комісіонер стає заставодержателем притриманої ним речі (ст. 1019 ЦК України).

Поряд з названими випадками законом встановлено можливість застосування права притримання за договором підяду. Так, згідно з положеннями ст. 856 ЦК України, у разі не сплати замовником підряднику

встановленої ціни роботи або іншої належної підряднику суми у зв'язку з виконанням договору підряду, останній наділений правом на притримання результату роботи, устаткування, залишку невикористаного матеріалу та іншого майна замовника, що є у підрядника.

Якщо стосовно права підрядника притримати устаткування та залишки невикористаного матеріалу питань не виникає, то вказівка законодавця на можливість підрядника притримати результати роботи на наше переконання є помилковою. Важливо, що стосовно притримання устаткування та залишку невикористаного матеріалу законодавець робить застереження: «майна замовника, що є у підрядника», тим самим визначаючи, що устаткування та залишки невикористаного матеріалу належать саме замовнику.

Таке застереження необхідне, оскільки за загальним правилом, встановленим ст. 839 ЦК України, підрядник зобов'язаний виконати роботу із свого матеріалу і своїми засобами, якщо інше не встановлено договором. А притримання підрядником своїх матеріалів і своїх засобів, пристосованих для виконання робіт, навряд чи справить якийсь вплив на контрагента – замовника, та й сам зміст права притримання полягає у можливості кредитора притримати річ боржника.

Отже, підрядник як кредитор у разі порушення замовником свого обов'язку щодо оплати виконаної роботи має право притримати устаткування, залишок невикористаного матеріалу та інше майно замовника, яке знаходиться у нього.

Що ж до можливості підрядника притримати результат виконаної ним для замовника роботи, то такий результат до його передачі замовнику належить підряднику і в силу положень ст. 854 ЦК України замовник зобов'язаний сплатити підрядникові обумовлену ціну після здачі роботи. Відповідно підряднику намагатися отримати від замовника оплату за виконану роботу шляхом притримання її результату незаконно, та й притримувати підряднику результат роботи, який йому і належить, неможливо.

Важливо, що на практиці судами при застосуванні підрядниками права

притримання правильно розуміється саме притримання речей замовника (матеріалів замовника, його обладнання, устаткування тощо). Так, у Постанові КГС ВС від 05.12.2023 у справі № 922/1655/19 вказано, що «підрядник повинен правомірно володіти майном замовника; замовником порушено строки виконання своїх зобов'язань за договором підряду; підрядник повинен повідомити замовника про притримання певних речей чи майна» [96].

Враховуючи, що право притримання дозволяє кредиторі зупинити виконання свого зобов'язання перед боржником по видачі належної йому речі (ст. 594 ЦК України), важливим є питання щодо умов застосування кредитором права притримання. Адже в іншому випадку притримання представлятиме собою неправомірні дії кредитора, тобто порушення існуючого між сторонами договору з відповідними наслідками.

І. Й. Пучковська, зазначивши, що «правова природа притримання зумовлена тим, що кредитор, виконавши власний обов'язок за договором і чекаючи виконання зустрічного обов'язку від боржника, має право притримати у себе річ, якою правомірно володіє на підставі укладеного між сторонами договору, до виконання боржником зобов'язання», наголошує на умовах правомірності таких дій кредитора [97, с. 154].

Вчена виділяє одночасну наявність чотирьох умов для виникнення у кредитора права притримання [97, с. 157]. *Перш за все*, притримання можливе лише стосовно чужої речі, тобто речі, на яку право власності належить іншій особі, а не кредиторі. Це означає, що кредитор не може притримувати свою річ. *По-друге*, притримувана річ повинна знаходитися у володінні кредитора. Мова йде про фактичне володіння кредитором річчю боржника. Якщо річ з будь-яких причин вибуде із володіння кредитора він не має права її вилучити, навіть у тому разі, коли право притримання буде зареєстровано в передбаченому законом порядку [59]. *По-третє*, володіння кредитором річчю має відбуватися на законній підставі. Як бачиться іншу законну підставу для того, щоб річ однієї особи знаходилася у володінні іншої, ніж договір, важко навести. Відповідно, притримання, завжди пов'язане із правомірним

перебуванням у володінні кредитора речі за умовами певного договору. *По-четверте*, кредитор має право притримувати річ боржника, якщо це не суперечить домовленості сторін у договорі [97, с. 157]. Саме з огляду на такі умови виникнення права притримання доцільно буде вказати, що предметом притримання не можуть бути майнові права, роботи, послуги а також нерухоме майно.

Єдиною ж підставою виникнення права притримання виступає порушення боржником зобов'язання перед кредитором. В. Д. Соколянський з цього приводу цілком слушно зауважує, що право притримання може виникнути у кредитора лише після того, як основне зобов'язання, термін виконання якого закінчився, не буде виконане боржником [98, с. 19].

Дослідники правомірно наголошують на тому, що застосування кредитором притримання можливе виключно після правопорушення (порушення умов договору) [99, с. 32], що загроза порушення зобов'язання є недостатньою підставою притримання, яке може застосовуватися лише з моменту правопорушення [100, с. 9]. Очевидно, що підстава виникнення та застосування права притримання, як і застосування інших способів забезпечення, одна й та ж сама – порушення боржником свого обов'язку перед кредитором за зобов'язанням.

Між тим Верховний Суд у своїй постанові з посиланням на ст. 594 ЦК України, правомірно зазначивши, що «підставою виникнення права притримання є невиконання боржником у строк зобов'язання: 1) щодо оплати речі; 2) щодо відшкодування кредитором пов'язаних з річчю витрат та інших збитків; 3) щодо інших вимог кредитора», одночасно називає «дійсне прострочене зобов'язання боржника перед кредитором, який притримує річ боржника» серед умов виникнення права притримання поряд із такими умовами як «1) притримання можливе лише щодо чужої речі, тобто речі, на яку право власності належить іншій особі, а не кредитору; 2) кредитор має володіти річчю на законній підставі; 3) кредитор має право притримувати річ боржника, якщо інше не встановлено домовленістю сторін у договорі» [91],

що не сприяє розумінню умов та підстави виникнення права притримання.

Крім правомірності умов виникнення права притримання та порушення як підстави його виникнення дуже важливе значення для застосування кредитором права притримання має його оформлення. Йдеться про виконання кредитором, встановленого ч. 1 ст. 595 ЦК України обов'язку щодо негайного повідомлення боржника про застосування права притримання. На виконання кредитором цього обов'язку в судовій практиці звертається особлива увага.

Так, з Постанови Верховного Суду від 29.03.2018 р. у справі № 915/214/17 вбачається, що суд відхилив доводи позивача-поклажодавця про те, що правочин про притримання майна повинен бути двостороннім та укладений у письмовій формі, з огляду на те, що положення § 7 ЦК України, які регулюють притримання, не передбачають такого обов'язку для кредитора та боржника, а надають кредитору право, який правомірно володіє реччю на її притримання до виконання боржником зобов'язання та покладають на кредитора обов'язок негайного повідомлення боржника про притримання речі. При цьому суд підкреслив, що для оформлення відносин за притриманням значення має надіслання кредитором листа, яким він повідомив боржника-поклажодавця про притримання товару, який перебуває на зберіганні у відповідача [101].

В іншій постанові Верховний Суд вказав, що ТОВ «Соковий завод Сокирянський» свого обов'язку щодо повернення чужого майна власнику після заявлення вимоги про його повернення не виконало; «всупереч ст. 594, 595 Цивільного кодексу України не заявило про притримання речі, внаслідок чого неправомірно не повертає сік ТОВ «ВЕЛТС», навіть за умови наявності боргу»; «у разі неповідомлення боржника про притримання майна кредитор зобов'язаний його повернути після заявлення боржником вимоги про повернення майна» [101]. А в п. 6.52 своєї постанови від 05.04.2024 р. у справі № 916/101/23 Верховний Суд підтвердив зроблений ним раніше в подібній справі висновок, зазначивши: «якщо кредитор негайно не повідомив боржника про притримання майна, таке майно підлягає поверненню власнику після

заявлення вимоги про його повернення, навіть за умови наявності боргу за його утримання та зберігання» [91].

У науковій літературі між науковцями тривають спори щодо сутності притримання як триваючого в часі діяння. Як правило дослідники вважають притримання одностороннім правочином, вчиняючи який кредитор-притримувач чужої речі, може не видавати її поки боржник не виконає свого грошового обов'язку. Але деякі з них, зокрема П. Д. Гуйван, зазначають, що не видача кредитором утримуваного майна є за своєю природою законною бездіяльністю, а бездіяльність не може породжувати правочин [102, с. 39]. З огляду на останнє зазначимо, що законодавець кваліфікує як правочин виключно правомірні дії особи щодо виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків учасників цивільних відносин.

Зважаючи на зміну змісту зобов'язання щодо передачі речі навіть стосовно часу такої передачі внаслідок правомірного діяння утримувача, можемо дійти висновку, що притримання за таких обставин є дією, а саме правочином. Так, вмотивована зміна змісту зобов'язання в частині терміну передання речі сприяє набуттю особою, яка притримує річ, повноважень володіння майном та одночасно актуалізує права і зусилля контрагента щодо вимагання збереження цієї речі.

Саме як односторонній правочин визначено притримання і Верховним Судом. Зокрема, в п. 6.15 своєї постанови від 05.04.2024 р. у справі № 916/101/23 Верховний Суд вказав, що «правочин про притримання належить до односторонніх правочинів, а його суб'єктом є кредитор» [91]. Також в цій постанові Верховний Суд висловив і позицію щодо належного оформлення відносин за притриманням як способом забезпечення, вказавши, що «право притримання виникає на підставі прямої вказівки ст. 594 ЦК України за умови повідомлення боржника відповідно до частини першої ст. 595 ЦК України, і для його реалізації не потрібно домовленості між кредитором та боржником шляхом укладання відповідного двостороннього правочину» (п. 6.16); «згідно із ст. 547 ЦК України правочин щодо

забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним» (5.4). Разом з тим ст. 594 ЦК України та інші норми § 7 Глави 49 ЦК України (Притримання) не містять винятків щодо застосування письмової форми до правочину про забезпечення виконання зобов'язання шляхом притримання. Отже, встановлене законом право на притримання не звільняє сторони від дотримання письмової форми притримання (п. 5.5.). І наголошуючи на значенні письмово повідомлення кредитором боржника про застосування притримання Верховний Суд в п. 6.15 зазначає, що правочин про притримання «вчиняється шляхом повідомлення боржника про притримання (ч. 1 ст. 595 ЦК України)» [91].

При цьому принципово важливо, що Верховний Суд висловив свою позицію стосовно повідомлення боржника про застосовуване кредитором притримання майна як початок правомірного застосування кредитором права притримання та вказав на наслідки такого неповідомлення. Зокрема, Верховний Суд зазначив: «Притримання реалізується тільки тоді, коли кредитор письмово повідомив боржника про фактичні умови застосування притримання та його початок, і таке повідомлення зроблено кредитором якомога швидше з моменту виникнення прострочення виконання боржником зобов'язання, проте у будь-якому разі одразу після отримання кредитором першої письмової вимоги боржника (поклажодавця) повернути річ шляхом надання письмової відповіді про застосування притримання» [91]. Тому Верховний Суд підтримав позицію апеляційного господарського суду, що «право притримання у кредитора-зберігача не виникло через невиконання останнім вимоги щодо негайного повідомлення боржника-поклажодавця про притримання контейнерів, оскільки кредитор-зберігач звернувся до боржника-поклажодавця відповідним листом-повідомленням про застосування притримання на підставі ст. 594 ЦК України лише через 4 місяці після першої вимоги поклажодавця про повернення майна, переданого на зберігання» [91]; а також що «кредитор зобов'язаний повернути майно боржнику навіть за

умови наявності боргу за його зберігання, виготовлення та утримання» [91].

Вбачається, що в такому випадку повідомлення про притримання, на ряду з фактом порушення зобов'язання за договором «вмикають» для кредитора можливість застосування такого способу забезпечення виконання зобов'язання.

Притримання завжди пов'язане з певною річчю, яка на момент виконання зобов'язання правомірно перебуває у володінні кредитора. Як правило, це річ, право власності на яку належить боржнику. Але кредитор також має право притримувати річ, якщо права на неї, що виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа, зокрема, якщо боржник продав притримувану кредитором річ іншій особі, або якщо притримувана річ підлягає передачі боржником третій особі (ч. 1 ст. 594 ЦК України), що має місце, зокрема, у відносинах за договором комісії (ст. 1019 ЦК України).

Саме тому суд відмовив позивачу ТОВ «Стім Контрол Інжиніринг» у задоволенні позовних вимог про витребування майна із чужого незаконного володіння [101]. Із матеріалів справи вбачається, що ТОВ «Стім Контрол Інжиніринг» (покупець) та ПрАТ «ХХХ» (постачальник) уклали договір поставки, за яким «Стім Контрол Інжиніринг» придбав проволоку металеву діаметром 5,6 мм ХН77ТЮР у кількості 3 600 кг загальною вартістю 4 500 000 грн. на визначених договором умовах. Як новий власник ТОВ «Стім Контрол Інжиніринг» звернулося до ДП «НАЕК «Енергоатом» листом з проханням видати металеву проволоку в кількості 3 600 кг у зв'язку з її придбанням у ПрАТ «ХХХ» на підставі договору поставки. У свою чергу ДП «НАЕК «Енергоатом» (зберігач) листом повідомив ТОВ «Стім Контрол Інжиніринг» про те, що у зв'язку з невиконанням ПрАТ «ХХХ» (поклажодавцем) грошових зобов'язань за контрактом застосовано забезпечення виконання зобов'язань у вигляді притримання проволоки, яка перебуває на зберіганні. Також у листі зазначалося, що проволоку буде повернуто після належного виконання останнім зобов'язань за контрактом [101]. При цьому звернемо увагу, що як

при розгляді наведеної справи, так і інших, суд не пов'язує правомірність притримання кредитором певної речі залежно від її вартості, співвідношення вартості притримуваної речі із сумою заборгованості за порушеним боржником зобов'язанням.

І це зрозуміло, адже законом вартість притримуваної кредитором речі боржника не обумовлюється розміром заборгованості за забезпеченим правом притримання договором. Законодавець наділяє кредитора правом лише не видавати річ боржнику, стимулюючи останнього якомога швидше виконати порушене зобов'язання.

При регулюванні права притримання законодавцем спостерігаємо поєднання зобов'язальних і речових засад. Згідно з положеннями ч. 2 ст. 595 ЦК України кредитор несе відповідальність у разі втрати, псування або пошкодження притримуваної ним речі, якщо це сталося з його вини. Кредитор не має права користуватися річчю, яку він притримує у себе і до нього не переходить право власності на річ боржника (ч. 1 ст. 596 ЦК України). Однак ризик випадкового пошкодження або знищення притриманої речі несе кредитор, якщо немає іншої домовленості з боржником (ч. 4 ст. 594 ЦК України).

Як бачимо, статус кредитора в зобов'язальному правовідношенні багато в чому схожий на відносини власності. Це додатковий аргумент на користь того, що право притримання є речовим правом, коли законом і договором визначаються повноваження кредитора, як строкового володільця речі, що підлягає передачі боржникові [95, с. 29]. Право притримання має на меті стимулювати виконання порушеного боржником зобов'язання, надаючи можливість кредитору володіти річчю боржника виключно для захисту своїх інтересів, а не для використання корисних властивостей притримуваної речі. Тому фактичне володіння річчю у разі реалізації кредитором права притримання не можна ототожнювати з однією з правомочностей, які складають зміст права власності. При притриманні, володіння полягає в юридичній можливості фактичного утримання речі кредитором до виконання

обов'язку боржником. Тому слід підтримати висловлену в науковій літературі думку, що володіння кредитора при здійсненні ним права притримання слід розглядати як охоронюваний законом фактичний стан [103, с. 520]. Останній дає змогу кредитору фактично утримувати річ до виконання обов'язку боржником.

У цьому випадку володіння не можна трактувати як суб'єктивне цивільне право на річ, що є елементом змісту права власності, оскільки немає цілі панування над річчю. Володінням є сам факт володіння, незалежно від наявності у володільця права на предмет володіння. Власне володіння річчю (яка є предметом притримання) не свідчить про наявність у кредитора права на предмет володіння як елементу змісту права власності. Тобто в такому разі відсутнє прагнення суб'єкта зобов'язальних відносин, яким є кредитор, до панування над річчю. Кредитор намагається шляхом притримання захистити своє суб'єктивне майнове зобов'язальне право.

Суть притримання полягає у фактичному володінні предметом договірною зобов'язання. Адже речове право володіння, виразом якого є панування над майном відповідно до закону за своєю волею не співпадає за змістом з володінням на основі притримання. У цьому випадку право притримання являє собою самостійне суб'єктивне речове право, а не правомочність, яка складає зміст права власності [69, с. 314]. Завдяки праву притримання кредитор утримує річ у себе до виконання порушеного обов'язку боржником, вимагати вчинення певних дій від боржника.

Отже, метою притримання є не встановлення юридичного владарювання над річчю, а задоволення майнової вимоги кредитора, яка впливає із змісту зобов'язання. Тому речове право притримання позбавлено суттєвих ознак права володіння як речового права на чужу річ або однієї з тріади правомочностей права власності.

Як наголошує І. О. Дзера, під суб'єктивним правом власності слід розуміти передбачене законом право конкретного власника здійснювати щодо належного йому майна правомочності володіння, користування і

розпорядження на власний розсуд, якщо інше не передбачено законом, а у разі їх порушення чи невизнання – також права вимагати від зобов’язаної особи відновлення порушених прав або вчинення дій, спрямованих на примусовий захист порушеного права чи усунення перешкод у його здійсненні засобами, визначеними законом [104, с. 30].

Перераховані повноваження не можуть належати кредитору у відносинах притримання, оскільки згідно із ч. 1 ст. 596 ЦК України до кредитора, який притримує у себе річ боржника, не переходить право власності на неї. Відповідно він не може на власний розсуд здійснювати повноваження володіння, а тим більше розпорядження чи користування, адже власником речі залишається боржник.

При цьому в науковій літературі звертається увага на відсутність у ЦК України часових меж при застосуванні кредитором права притримання. Так, згідно з положеннями ст. 594 ЦК України кредитор може притримувати річ боржника до виконання боржником порушеного ним зобов’язання, а ст. 597 ЦК України наділяє кредитора, який притримує річ у себе, правом задовольнити свої вимоги з вартості притримуваної речі. З огляду на останнє В. М. Слома наголошує, що право притримання не можна розглядати як безстрокове зобов’язання. Після спливу певного проміжку часу кредитор зобов’язаний або передати річ боржнику, або задовольнити свої вимоги за рахунок притримуваного майна. Дослідниця пропонує визначити на законодавчому рівні максимальний строк можливого притримання речі до моменту її реалізації, зокрема обмежити останній строком позовної давності за основним зобов’язанням [105, с. 211].

На нашу думку, така пропозиція заслуговує на підтримку, сприяючи правовій визначеності. Дійсно, якщо притримувана річ боржнику потрібна, то він намагатиметься отримати її якомога швидше. А для цього необхідно буде виконати порушене зобов’язання перед кредитором, що і є метою застосування законодавцем цього способу захисту. Якщо ж притримання речі боржника не приведе до очікуваного кредитором результату, то сенсу

притримувати річ протягом значного часу немає. Адже боржник не може чи не хоче виконати порушене зобов'язання, а кредитор має належним чином забезпечити зберігання притримуваної речі, що потребує певних витрат.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 595 ЦК України на кредитора протягом строку притримання законом покладена відповідальність за втрату, псування або пошкодження притримуваної речі. Тому встановлення законом певного строку для застосування притримання відповідає інтересам сторін порушеного зобов'язання, вимагаючи від боржника виконання порушеного зобов'язання, а від кредитора - звернення стягнення. Якщо ж кредитор протягом строку дії права притримання не реалізує своє право на захист шляхом задоволення вимоги до боржника за рахунок притримуваної речі, що надає йому притримання як майновий спосіб забезпечення, то притримувана річ має бути видана (повернута) боржникові.

Розглядаючи притримання як майновий спосіб забезпечення не можемо обійти увагою питання щодо природи права притримання – захід оперативного впливу та/або спосіб забезпечення. Спір серед дослідників про природу притримання триває з часу його закріплення (2003 р.) у ст. 546 ЦК України як одного з видів забезпечення виконання зобов'язання. Відсутність одностайної думки науковців щодо природи притримання цілком зрозуміла, адже закон наділяє кредитора стосовно притримуваної речі як правом притримувати річ (ст. 594 ЦК України), так і правом на отримання задоволення своїх вимог за рахунок притриманої речі (ст. 597 ЦК України) [106, с. 36]. При цьому дослідники відносять за притриманням, як правило, акцентують свою увагу лише на можливості кредитора фактично притримувати річ, впливаючи в такий спосіб на несправного боржника.

На нашу думку, саме тому П. Д. Гуйван і не погоджується з Є. О. Сухановим, який притримання кредитором речі боржника до повного виконання останнім грошового обов'язку перед кредитором розглядає серед інших засобів оперативного впливу. П. Д. Гуйван наголошує, що реалізація притримуваної речі потребує дотримання певного юрисдикційного порядку,

тоді як оперативним захистом досягається поновлення чи компенсація порушеного права самостійними вчинками кредитора, що і є основною відмінною ознакою вказаних відносин [102, с. 37].

І. Й. Пучковська, аналізуючи закріплені у § 7 гл. 49 ЦК України законодавчі положення, зазначає, що під назвою «Притримання» законодавець закріпив, по-перше, право кредитора притримати річ, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, до виконання боржником простроченого зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків (ст. 594 ЦК України), а по-друге, право кредитора задовольнити свою вимогу з вартості притримуваної речі шляхом звернення на неї стягнення за рішенням суду, якщо боржник все ж таки не виконає порушене зобов'язання (ст. 597 ЦК України).

Вчена справедливо стверджує, що лише перша група прав кредитора реалізується в межах заходів оперативного впливу, оскільки такі дії кредитор виконує самостійно, тобто не звертаючись до юрисдикційних органів, впливаючи на контрагента за договором – боржника-порушника [107, с. 146]. З цього приводу А. О. Покровська цілком правомірно зазначає, що дії з притримання речі вчиняються самостійно кредитором як особою, чиї права порушені. Саме цим кредитор стимулює боржника до якнайшвидшого виконання обов'язку, адже вартість притримуваної речі переважно вища ніж борг перед кредитором. Тому, як підкреслює вчена, притримання спрацьовує як спосіб самозахисту, адже особі, чиї права порушено, немає потреби звертатися до юрисдикційних органів щоб отримати дозвіл на притримання речі [106, с. 138–139].

Надана ж законодавцем кредитор у ст. 597 ЦК України можливість задовольнити свою вимогу з вартості притримуваної речі шляхом звернення на неї стягнення вказує на наявність забезпечувального джерела в розмірі притримуваної речі, що є характерною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язання. З огляду на останнє, в науковій літературі притримання

справедливо визначається як речовий оперативний вид забезпечення, оскільки притримання-вид забезпечення походить від права притримання – заходу оперативного впливу [108, с. 138–139]. Отже, дії кредитора щодо фактичного притримання речі боржника відносяться до заходів оперативного впливу (ст. 594 ЦК України), а задоволення вимоги кредитора за рахунок притриманого майна – це вже реалізація прав кредитора за притриманням як за майновим видом забезпечення (ст. 597 ЦК України).

Природа притримання як оперативного виду забезпечення виконання зобов'язання обумовлює особливості задоволення вимог кредитора за рахунок притримуваної речі. Йде насамперед про задоволення вимог кредитора виключно в розмірі вартості притримуваної речі, про спосіб звернення стягнення на предмет притримання, значення реєстрації права притримання тощо. Завдяки притриманню – виду забезпечення, який спирається на забезпечувальне джерело у вигляді притримуваної речі боржника, кредитор задовольняє свої вимоги, викликані порушенням боржником зобов'язання перед кредитором. При цьому за рахунок притримуваної речі будуть задовольнятися як вимоги кредитора, пов'язані з оплатою притримуваної речі та відшкодуванням витрат та збитків кредитора, так і інші вимоги кредитора, найчастіше це грошові вимоги кредитора, що виникли з інших договорів, укладених між тими ж сторонами, які завдяки притриманню з'явилася можливість задовольнити. Це відповідає світовій тенденції сучасного розвитку інституції забезпечення виконання зобов'язання - зростанню ролі речово-правових гарантій [109, с. 38].

Згідно з положеннями ст. 597 ЦК України, «задоволення вимог за рахунок речі, яку притримує кредитор» вимоги кредитора задовольняються з її вартості відповідно до правил, встановлених ст. 591 ЦК України для реалізації предмета застави. При тлумаченні науковцями змісту цих положень ст. 597 ЦК України спостерігаємо два підходи. Прихильники першого вважають, що кредитор завдяки притримуваній речі може задовольнити свою вимогу виключно через її продаж з публічних торгів.

Зокрема, Т. М. Карнаух наголошує, що ст. 597 ЦК України обмежує порядок задоволення вимог кредитора з вартості речі, що ним притримується, імперативною вимогою ст. 591 ЦК України щодо реалізації предмета застави виключно на прилюдних торгах [110, с. 60]. Таку ж позицію займає О. О. Кот, вказуючи, що «реалізація предмета притримання здійснюється шляхом його продажу з публічних торгів державним виконавцем на підставі виконавчого документа», і безальтернативним виконавчим документом у такій ситуації для кредитора може бути тільки рішення суду [16, с. 153]. На думку І. Й. Пучковської, оперативна природа притримання як способу забезпечення виконання зобов'язання вимагає задоволення вимог кредитора виключно в судовому порядку шляхом продажу з публічних торгів, щоб не допустити порушення інтересів боржника [2, с. 9].

Інша група дослідників вважають, що продаж з публічних торгів на підставі судового рішення є основним, але не єдино можливим способом реалізації притриманого майна. Їх підхід базується на тому, що ст. 591 ЦК України передбачає реалізацію предмета застави, на який звернено стягнення, шляхом його продажу з публічних торгів, якщо інше не встановлено договором або законом. Так, Р. Б. Шишка наголошує, що у разі домовленості сторін стосовно права продажу «кредитор має право в односторонньому порядку продати річ, що знаходиться в нього, ніякого спеціального порядку реалізації у вигляді публічних торгів у такому випадку не передбачено» [111, с. 94].

Як вбачається, висловлена Р. Б. Шишкою точка зору є цілком слушною саме щодо порядку реалізації майна – чи шляхом продажу з публічних торгів чи в інший спосіб. Адже слова «якщо інше не встановлено договором або законом» (ч. 1 ст. 591 ЦК України) стосуються саме реалізації предмета застави, на який звернене стягнення. Але такій реалізації має передувати процедура звернення стягнення на майно. І якщо при заставі сторони договору про заставу можуть передбачити позасудовий порядок звернення стягнення на предмет застави, який дозволяє заставодержателю як кредитору в разі

порушення забезпеченого заставою договору продати від свого імені предмет застави будь-якій особі за договором купівлі-продажу або отримати його у власність у рахунок задоволення вимоги за порушеним зобов'язанням, то при застосуванні кредитором притримання (оперативного способу забезпечення) домовленості про це між кредитором і боржником немає. Тобто, зобов'язувально-правові способи використовуються як для захисту зобов'язальних, так і суб'єктивних речових прав [112, с. 61].

Саме тому дослідники й наголошують на судовому порядку звернення стягнення на притримане боржником майно, бо наперед про позасудовий порядок звернення стягнення не було можливості кредитору з боржником домовитися. Адже на відміну від інших речових способів забезпечення виконання зобов'язань, для застосування яких необхідна попередня домовленість сторін у вигляді укладення договору, притримання є законним засобом забезпечення виконання зобов'язань. Це означає, що законодавець надає кредитору можливість скористатися притриманням для забезпечення виконання зобов'язання боржником без попередньої домовленості сторін про це, лише в силу самого факту порушення (прострочення) зобов'язання боржником. Відповідно для виникнення права притримання не потрібно укладати договір про право кредитора притримувати майно боржника. Кредитор має право застосувати притримання речі боржника за наявності лише факту порушення зобов'язання, дотримуючись вимог закону (ч. 1 ст. 595 ЦК України) про своєчасне повідомлення про це боржника.

Якщо ж сторони договору, який передбачає передання майна однією стороною іншій для надання послуги, виконання роботи тощо, домовляться про можливість застосування кредитором притримання цього майна із забезпечувальною метою, то матиме місце встановлення договором непойменованого речового способу забезпечення виконання зобов'язання (підрозд. 3.3. дисертаційної роботи). Відповідно на такий спосіб забезпечення будуть поширюватися загальні положення про забезпечення виконання зобов'язання (§ 1 гл. 49 ЦК України), і не будуть поширюватися положення

про притримання (§ 7 гл. 49 ЦК України).

Розглядаючи питання звернення стягнення на предмет притримання як речового способу забезпечення виконання зобов'язання, необхідно зазначити, що такий порядок встановлений Законом України «Про забезпечення вимог кредитора та реєстрацію обтяжень» [59]. Стосовно зареєстрованого права притримання цей Закон у положеннях ст. 1 визначає: «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».

Забезпечувальним обтяженням, до яких відноситься «Право притримання рухомого майна згідно з параграфом 7 гл. 49 ЦК України», Закон присвячує розд. IV. У ньому законодавцем встановлене право обтяжувача-кредитора в разі порушення боржником забезпеченого обтяженням зобов'язання або договору, на підставі якого виникло забезпечувальне обтяження, одержати задоволення своєї вимоги за рахунок предмета обтяження в черговості згідно із встановленим пріоритетом (ст. 21 Закону); пріоритет зареєстрованих обтяжень перед незареєстрованими (ст. 14 Закону). При цьому згідно з положеннями ст. 14 Закону «Якщо відповідно до закону обтяжувач вправі притримати рухоме майно, що належить боржнику, для забезпечення своєї вимоги, пріоритет такого права притримання встановлюється з моменту його реєстрації. Якщо право притримання не було зареєстроване, воно не має пріоритету над зареєстрованими обтяженнями, але має вищий пріоритет над незареєстрованими обтяженнями».

Зокрема, у випадку якщо кредитор притримує певну річ боржника, яка знаходиться в заставі, то незареєстроване право притримання матиме пріоритет над незареєстрованою заставою. Реєстрація права притримання рухомого майна забезпечує пріоритет задоволення вимог кредитора у разі звернення стягнення на один предмет забезпечувального обтяження. І цей механізм діятиме ефективно якщо на момент звернення стягнення на предмет

– він перебуватиме у володінні кредитора, адже на відміну від застави кредитор не є титульним володільцем та не має права витребувати предмет притримання у третіх осіб.

Законом встановлений і обсяг задоволення вимог обтяжувача-кредитора (ст. 22 Закону), а також судовий (ст.ст. 24, 25 Закону) та позасудовий (ст.ст. 24, 26, 27 Закону) порядок звернення стягнення на предмет обтяження. При цьому слід зазначити, що відповідно до положень ст. 26 Закону України «Про забезпечення вимог кредитора та реєстрацію обтяжень» кредитор, як обтяжувач, наділяється правом на власний розсуд обрати один із позасудових способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження, серед яких стосовно притримання названі: 1) передача рухомого майна, що є предметом забезпечувального обтяження, у власність обтяжувача в рахунок виконання забезпеченого обтяженням зобов'язання в порядку, встановленому цим законом та 2) продаж обтяжувачем предмета забезпечувального обтяження шляхом укладення договору купівлі-продажу з іншою особою-покупцем або на публічних торгах. Відповідно реєстрація кредитором права притримання в передбаченому порядку означає поширення на такі відносини положень Закону України «Про забезпечення вимог кредитора та реєстрацію обтяжень», у тому числі щодо порядку звернення стягнення на притримане майно; обсягу задоволення вимог кредитора; розрахунків з боржником у разі продажу предмета притримання; встановлення пріоритету кредитора-обтяжувача на наявності декількох обтяжень щодо одного й того ж майна боржника.

Притримання серед інших майнових видів забезпечення виконання зобов'язань виділяється тим, що гарантує кредитору виконання порушеного боржником зобов'язання за рахунок безпосередньо притримуваної кредитором речі в силу положень закону. Це речовий спосіб забезпечення, виникнення якого спирається на право притримання як захід оперативного впливу, а розмір забезпечувального джерела обмежений вартістю притримуваної речі.

2.3. Довірча власність

За договором про встановлення довірчої власності відповідно до положень ч. 1 ст. 597-1 ЦК України одна сторона (довірчий засновник) передає майно другій стороні (довірчому власнику) на праві довірчої власності для забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором, договором позики. Договір є правовою формою передання окремих повноважень власника довірчому власнику. В рамках довірчого правовідношення не можуть передаватися всі повноваження, оскільки це приведе до передання майна у власність шляхом відчуження. Довірчий власник повинен мати майно, яке є об'єктом довірчої власності у фактичному володінні і мати юридично підтверджений титул [69, с. 407].

Право довірчої власності – речовий спосіб забезпечення, яким законодавець у 2019 р. поповнив перелік забезпечень, закріплений у ст. 546 ЦК України. З цього часу в науковій літературі обговорення питання довірчої власності значно загострилося. Відношення науковців до введення такого поняття як «довірча власність» у вітчизняне законодавство і раніше не було однозначним, викликало суперечливі оцінки. Останнє пояснюється тим, що бажання українського законодавця по запровадженню поширеного в країнах англо-американського права інституту трасту, який базується на праві довірчої власності, дисонує із традиційним для вітчизняного права дуалістичним поділом цивільних правовідносин на речові та зобов'язальні. І без вироблення єдиного доктринального розуміння природи довірчої власності, закріпленого на рівні закону, цей інститут навряд чи може бути належним чином інтегрований до вітчизняного правового поля [114, с. 318]. Потребує врегулювання й питання оподаткування переходу права власності під час передання майна у довірчу власність, а потім його повернення власнику чи продажу третій особі [62, с. 18].

Перші положення про довірчу власність з'явилися у чинному ЦК України при врегулюванні відносин за договором управління майном. Так,

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 19.06.2003 р. № 980-IV [115] у Книзі п'ятій ЦК України «Зобов'язальне право» гл. 70 «Управління майном» було доповнено положеннями про довірчу власність. Зокрема, у ній зазначено, що «договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно. Законом чи договором управління майном можуть бути передбачені обмеження права довірчої власності управителя» (ч. 2 ст. 1029 ЦК України). При цьому жодних особливостей у правовому регулюванні договору управління майном, який засвідчує виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно, законодавець не встановив. Немає їх і до сьогоднішнього дня [116, с. 141]. Відповідно до положень ч. 5 ст. 1033 ЦК України «управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління».

Цим же Законом від 19.06.2003 р. № 980-IV [115] довірчу власність було закріплено законодавцем у Книзі третій ЦК України «Право власності та інші речові права». Так, у ст. 316 ЦК України «Поняття права власності» з'явилася ч. 2 в такій редакції: «Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном». При цьому самого поняття права довірчої власності законодавець не надав, як і не вказав на особливості права довірчої власності як форми власності в положеннях Книги третьої ЦК України.

Отже, «право довірчої власності» лише названо законодавцем особливим видом права власності, але його особливості як речового права законодавцем не встановлені. На фоні такого недосконалого регулювання права довірчої власності як виду права власності в Книзі третій ЦК України «Право власності та інші речові права» та за відсутності законодавчих особливостей регулювання договору управління майном з переданим правом

довірчої власності в порівнянні із звичайним договором управління майном, запровадження законодавцем у гл. 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» § 8 «Довірча власність» із тринадцяти статей, стало основним правовим масивом для розуміння феномену довірчої власності.

При цьому, з огляду на назву § 8 «Довірча власність» у гл. ЦК України, присвяченій забезпеченню зобов'язання, складається враження, що взагалі мета існування довірчої власності – це забезпечення виконання зобов'язання. Адже всі інші параграфи гл. 49 ЦК України, як то «Порука», «Застава», «Гарантія» та інші, містять норми щодо регулювання останніх як певних способів забезпечення виконання зобов'язань. При цьому очевидно, що «довірча власність», яка може виникати на підставі договору управління майном – це конструкція зовсім іншого роду. Відповідно дослідники, які займаються вивченням питань довірчої власності, акцентують свою увагу на різних її гранях (речова, фидуціарна, забезпечувальна тощо), і зрозуміло, що їх думки при характеристиці довірчої власності як правового явища різнопланові.

Оцінюючи розвиток іпотеки в Стародавньому Римі, А. М. Гужва зазначає, що існування забезпечувальної довірчої власності (фидуції) мало місце лише на початкових етапах існування держави, і з часом поступилося традиційній іпотеці як більш розвиненому виду забезпечення. Дослідник вважає передчасним екстраполювати досвід функціонування цієї інституції Стародавнього Риму на українські реалії, як і однозначно визначати негативну перспективу функціонування забезпечувальної довірчої власності в Україні, оскільки цей правовий механізм функціонує в цивільному обороті багатьох європейських країн [117].

Так, сьогодні положення про забезпечувальну довірчу власність (як правило, під назвою фидуціарної застави) містить цивільне законодавство Італії, Франції, Нідерландів, Болгарії, Індонезії, а також Австрії та Японії. У вищеназваних країнах використання фидуції обумовлено специфікою національного законодавства, але сутність забезпечення незмінна:

результатом договору про фідучію стає набуття кредитором права власності на річ, яка передається як забезпечення.

Подібна забезпечувальна конструкція працює і в сучасному праві Великобританії. Зокрема, йдеться про іпотечну заставу (заставу з відступленням титулу) як один із видів забезпечення виконання зобов'язання. Головна особливість цієї застави полягає в тому, що титул на заставлене майно переходить до заставодержателя, який стає його власником (правоволодільцем), хоча і в не повному обсязі.

На повноцінного власника титулу заставодержатель перетворюється в разі несплати боргу боржником-заставадавцем у встановлений термін. Якщо ж боржник належним чином виконує зобов'язання, то майно він не втрачає. У ФРН використовується санкціонований судовою практикою інститут забезпечувального привласнення рухомого майна переважно торгових та промислових підприємств. Тобто укладається договір про фідучію, в силу якого кредитор стає власником підприємства, що надається йому з метою забезпечення зобов'язання. При цьому боржник продовжує використовувати підприємство, а кредитор має повернути його у власність боржнику після погашення останнім свого боргу [119, с. 78].

Як справедливо наголошують вітчизняні дослідники, незважаючи на те, що в зарубіжних країнах інститут довірчої власності має багатовікову історію функціонування, у національній правовій системі він «робить перші кроки внаслідок окремих суперечностей і труднощів, як науково-теоретичного плану, так і практичного характеру» [120, с. 84]. Останні Г. Г. Харченко пояснює не в останню чергу неодноразовими змінами цивільного законодавства. Так, якщо за одним підходом перехід права власності на трастове майно заперечувався, то за іншим – навпаки підтримувався. На таких протиріччях правильно і за однаковим підходом визначати правову природу права довірчої власності у цивільному законодавстві України дуже складно [121, с. 133].

Має рацію І. В. Спасибо-Фатєєва, зазначаючи, що розвиток інституту

довірчої власності в Україні стримує відсутність міцного теоретичного обґрунтування, пов'язаного з розумінням сутності досліджуваних відносин. Вчена наголошує, що «законодавець навіть не визначився з суб'єктним складом відносин довірчої власності, не говорячи вже про те, що становить її сутність» [122, с. 10].

У науковій літературі підкреслюється, що відсутність єдиного доктринального розуміння природи довірчої власності негативно впливає на практику застосування досліджуваного предмета та є підґрунтям теоретичних диспутів щодо доречності використання понять форми/види/типи власності [123, с. 152]. Дійсно, право довірчої власності лише названо законодавцем особливим видом права власності (ст. 316 ЦК України), але його особливості як речового права законодавцем не встановлені.

Крім того, в науковій літературі звертається увага на певні прогалини у врегулюванні законодавцем відносин у зв'язку з припиненням права власності при встановленні права довірчої власності. Так, згідно з ч. 3 ст. 597-1 ЦК України «з моменту встановлення довірчої власності право власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність, припиняється», а ч. 3. ст. 597-2 ЦК України передбачає, що «режим довірчої власності не поширюється на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання об'єкта довірчої власності, якщо інше не зазначено у договорі про встановлення довірчої власності». З огляду на це Г. Г. Харченко наголошує, що при застосуванні названих положень закону на практиці закономірно постане питання, а хто саме має бути власником таких плодів, продукції та доходів? Адже засновник довірчої власності вже не є власником майна, переданого у довірчу власність, а норма ч. 3 ст. 597-2 ЦК України жодної конкретизації щодо власника зазначених об'єктів не надає [121, с. 132]. Відтак, відповідь на це питання може бути надана тільки з огляду на аналіз дійсної правової природи довірчої власності.

Одні науковці досліджують довірчу власність як вид права власності, що встановлюється, як правило, договором про управління майном, а інші –

аналізують як спосіб забезпечення виконання зобов'язання. Наприклад, Р. А. Майданик вказує, що за своєю правовою природою «довірча власність є належним довірчому власнику дуалістичним титулом»; «правова природа та обсяг довірчого зобов'язання, закріплені в концепції довірчих відносин, обумовлюють існування речового титулу, обтяженого довірчим (фідуціарним) зобов'язанням» [124, с. 38]. Дослідник називає такі характерні ознаки довірчої власності як *виду власності*: а) довірчий власник є єдиним власником на довірене йому майно – інших власників немає, і саме тому довірча власність має відмежовуватись в українському праві від конструкції трасту в англосаксонській правовій системі; б) право власності довірчого власника обтяжено фідуціарним зобов'язанням здійснити речовий титул у чужому інтересі. І саме тому титул власника пропонується розглядати як поєднання речового і зобов'язального права; в) довірча власність має особисто-довірчий і цільовий характер, що передбачає здійснення цього титулу з дотриманням встановлених законом або договором обмежень [125, с. 23].

Своєю чергою А. А. Гончарук вказує, що за своєю природою довірча власність є належним довірчому власнику *правом власності* на визначене майно, обтяжене обов'язком його здійснення з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном чи законом [126, с. 98]. Д. Ю. Донцов пов'язує довірчу власність з різновидом права власності зі спеціальним правовим режимом, який в науці цивільного права сприймається через конструкцію розщепленої власності, де власник стає установником управління, а довірчий власник здійснює обмежене речове право з визначеною метою (передача результатів господарювання власникові) [127, с. 104].

Підхід до довірчої власності як виду забезпечення виконання зобов'язань, аналізують у своїх працях І. О. Гелецька та І. М. Савощак, відносячи до головних ознак довірчої власності як виду забезпечення такі: 1) обмеженість, адже боржник має не тільки повідомити про свій намір придбати майно, а й встигнути протягом 5 днів з моменту отримання відповідного повідомлення внести грошову суму у розмірі мінімальної ціни

продажу об'єкта довірчої власності на депозит нотаріусу; 2) строковість, тобто сторони можуть здійснити свої права і виконати обов'язки згідно з його умовами; 3) умовність, тобто цивільний правочин, що укладається з відкладальною умовою [128, с. 141].

Водночас А. Рябчинська визначає право довірчої забезпечувальної власності як обмежене фідучіарним обов'язком повернення майна з метою забезпечення виконання зобов'язання право власності кредитора (довірчого власника) на передані боржником (довірчим засновником) майнові активи (об'єкт довірчої власності), що не передбачає виникнення в нього права користування та самостійного розпорядження довірчим майном, окрім як права викупу для суспільних потреб у визначеному законом порядку та права звернення стягнення на нього внаслідок недобросовісних дій боржника [129, с. 215].

На нашу думку, право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язань передбачає передачу майна (рухомого чи нерухомого) у довірчу власність кредитора (за кредитним договором чи договором позики) з метою звернення стягнення у разі порушення боржником зобов'язання за договором позики чи кредитним договором. Тому О. В. Ільків, підкреслюючи забезпечувальну функцію довірчої власності, цілком вірно зазначає, що «забезпечувальна довірча власність є формою передання майна у довірчу власність кредитора для належного виконання зобов'язання боржником, коли володілець предмету забезпечувальної довірчої власності обмежується в правомочності розпоряджатися об'єктом забезпечення до визначеного договором моменту звернення стягнення» [69, с. 319].

Як спосіб забезпечення виконання зобов'язання розглядають довірчу власність О. В. Кіріак [120, с. 87], К. Г. Некіт [130, с. 79–80] та інші дослідники. С. О. Сліпченко та А. С. Сліпченко, досліджуючи інститут довірчої власності, серед трьох характерних ознак останньої підкреслюють її значення саме як способу забезпечення виконання зобов'язання, який дозволяє звернути стягнення на об'єкт довірчої власності у разі прострочення виконання

зобов'язання, забезпеченого довірчою власністю [131, с. 70].

Слід зазначити, що незважаючи на суперечливе врегулювання вітчизняним законодавцем інституту довірчої власності, вона, як речовий вид забезпечення, виконує свою основну функцію – захист прав кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання. Забезпечувальні функції довірчої власності здійснюються боржником шляхом передання майна кредитору для забезпечення виконання договірних зобов'язань, а після добросовісного виконання договірних обов'язків боржником, кредитор зобов'язаний повернути майно, передане йому у довірчу власність боржником [128, с. 142].

Якщо боржник не виконує за основним договором своїх обов'язків або робить це неналежним чином, це дає підстави кредитору-довірчому власнику скористатися обмеженими повноваженнями власника: право володіння, користування, розпорядження, що дозволяє йому обрати спосіб задоволення своїх майнових вимог [69, с. 318]. Кредитор (довірчий власник) наділяється правом отримати задоволення своїх вимог з вартості довірчого майна. За рахунок майна, переданого у довірчу власність довірчий власник (кредитор за забезпеченим зобов'язанням) у разі порушення боржником забезпеченого довірчою власністю зобов'язання наділений правом задовольнити свою вимогу у повному обсязі, що означає: повернення суми основного боргу, сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, а також понесених витрат на утримання об'єкта довірчої власності (ч. 7 ст. 597-8 ЦК України). Суттєвими перевагами довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання у низці досліджень справедливо зазначається спрощена система звернення стягнення на майно та належний правовий захист майнових інтересів кредитора [128, с. 143].

Законодавцем встановлено, що довірчий засновник за основним зобов'язанням передає своє майно у довірчу власність як гарантію забезпечення виконання власного зобов'язання. Договір про встановлення довірчої власності на нерухоме майно укладається виключно у письмовій

формі і підлягає нотаріальному посвідченню [139, с. 132]. Таким чином, річ (майно) на час перебування у кредитора набуває правового режиму довірчої власності з ознаками предмету забезпечення.

Водночас більшість науковців підтримують дуалістичний підхід до довірчої власності, вказуючи, що її варто розглядати в двох аспектах: як спосіб забезпечення виконання зобов'язання та як самостійну конструкцію, що виникає у відносинах управління майном. Так, на думку Ю. Колоса та Д. Деркача, довірча власність як спосіб забезпечення зобов'язань (додаткове зобов'язання) та довірча власність як самостійна конструкція, яка виникає у відносинах управління майном, за своєю суттю залишається обмеженим речовим правом (обмеженим правом власності). Ключова різниця між вказаними конструкціями полягає у тому, що установник управління (власник майна) не втрачає право власності, передаючи майно управителю (довірчому власнику), в той час, як передання майна у довірчу власність як забезпечення зобов'язання має наслідком припинення права власності у довірчого засновника [133].

З таким підходом погоджується Р. Б. Шишка, вбачаючи головну відмінність між правовими конструкціями в тому, що власник майна не втрачає право власності після передачі майна управителю, а передання майна у довірчу власність як забезпечення зобов'язання – абсолютно ймовірний шлях до втрати власності довірчим засновником [111, с. 98].

Характеризуючи природу довірчої власності, Верховний Суд у своїй постанові від 05.06.2019 р. у справі № 755/12638/15 зазначає, що правова природа довірчої власності полягає у наданні довірчому власнику речового права, обмеженого цільовим характером його здійснення в інтересах визначених осіб. Довірчий власник здійснює право власності на об'єкт довірчої власності лише для досягнення визначеної для себе мети, яка обтяжує право довірчої власності [134].

Значення права довірчої власності як речового способу забезпечення виконання зобов'язання полягає у закріпленні за довірчим власником прав на

певне майно (забезпечувальне джерело) на випадок задоволення своєї вимоги у разі невиконання боржником свого зобов'язання. І, відповідно, надає право довірчому засновнику звільнити це майно від обтяжень при належному виконанні забезпеченого правом довірчої власності зобов'язання. І тому Верховний Суд справедливо звернув увагу на правову природу довірчої власності у вигляді надання довірчому власнику речового права, обмеженого цільовим характером його здійснення в інтересах визначених осіб [135].

На нашу думку, майже всі дослідники права довірчої власності звертають увагу на те, що в одних випадках при довірчій власності її засновник (установник) втрачає право власності на своє майно, передане довірчому власнику, а в інших випадках – не втрачає. Йдеться про положення ч. 3 ст. 597-1 та ч. 5 ст. 1033 ЦК України. Якщо норма ч. 3 ст. 597-1 ЦК України визначає, що з моменту встановлення довірчої власності право власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність, припиняється, то у ч. 5 ст. 1033 ЦК України зазначається протилежне, а саме, що управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління.

Наслідком вищенаведеної недосконалості та неузгодженості правових норм стає можливість їх довільного тлумачення правозастосовцями, проблематичною є уніфікація юридичної термінології та вичерпних характеристик довірчої власності, хибне використання понятійного апарату стосовно обговорюваного правового феномену довірчої власності без достатньо аргументованого розмежування змісту або з безпідставним ототожненням. Невипадково, що інститут довірчої власності не користується великим попитом на практиці. Зокрема, про це свідчить те, що кількість цивільних справ щодо правовідносин довірчої власності за останні роки незначна, а наявні переважно щодо використання електронного цифрового підпису, що абсолютно не стосуються сутності права довірчої власності в

розумінні ст. 597-1 ЦК України [120, с. 87].

Як шлях до вирішення проблемних питань щодо існування довірчої власності в законодавстві України рядом дослідників пропонується внесення окремої глави в ЦК України про довірчу власність з наданням легального визначення цього поняття, розкриттям сутності й випадків, коли довірча власність може використовуватися на практиці та задоволенню яких потреб спроможна слугувати зі спрямованістю вирішення окресленого фрагменту проблемних питань [131, с. 31]. Хоча мають місце й протилежні думки. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва підкреслює, що категорія «довірча власність» є чужорідною для національного права і що подальше впровадження інституту довірчої власності в українське законодавство не зміцнить загальні засади правового регулювання права власності як єдиного монолітного абсолютного права та лише створить підстави для обґрунтування концепції розщепленої власності [136, с. 308].

В. В. Дехтярьов вважає, що право довірчої власності, як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, було запроваджено до ЦК України як альтернативу заставі (іпотеці) при забезпеченні зобов'язань, що виникають із кредитних (позикових) договорів [137, с. 7]. Схожу думку було висловлено А. М. Гужвою, який причину запровадження довірчої власності до цивільного законодавства України вбачає в недостатньо ефективній роботі механізму звернення стягнення при іпотеці та додатковими гарантіями для задоволення вимог кредитора [117]. Тому буде доцільно порівняти ці способи забезпечення виконання зобов'язання.

Насамперед слід зазначити, що іпотека і довірча власність є речовими видами забезпечення виконання зобов'язання, що зумовлює їх забезпечувальні властивості наявністю певного майна, право на яке належать кредитор. Саме це визначає їх спільну природу, але не виключає відмінностей.

Зокрема встановлення довірчої власності законом передбачено лише з метою виконання зобов'язань за договором позики чи кредитним договором,

а іпотекою може бути забезпечене будь-яке зобов'язання, перш за все грошове – тобто спектр зобов'язань значно ширший. На обмежену сферу застосування права довірчої власності дослідниками звертається увага. Зокрема, О. В. Кіріяк вказує, що положення закону про встановлення довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором і договором позики «викликає певне непорозуміння, адже всі інші види забезпечення перелічені у гл. 49 ЦК України, до якої законодавець відніс положення про довірчу власність, як новий вид забезпечення, можуть забезпечувати зобов'язання, що виникають з будь-яких договорів, а не лише кредиту та позики» [120, с. 87].

При цьому заради справедливості слід вказати, що подібний підхід відомий законодавству інших країн. Наприклад, у Німеччині довірча власність використовується як титульне забезпечення тільки у кредитних відносинах, а предметом забезпечення можуть бути виключно рухомі речі, причому річ із володіння боржника не вибуває, він нею може користуватися [138, с. 110]. Наступна відмінність полягає в тому, що звернення стягнення на предмет іпотеки може здійснюватися як в судовому, так і в позасудовому порядку. Для довірчої ж власності законодавцем встановлений порядок позасудового звернення стягнення. Крім того оцінка майна при іпотеці відбувається за погодженням сторін, а оцінка майна при переданні його у довірчу власність здійснюється в односторонньому порядку довірчим власником [139, с. 133].

Дуже схожими є положення щодо довірчої власності та іпотеки в частині виселення мешканців при зверненні стягнення на такий об'єкт як житлова нерухомість. При цьому слід підкреслити, що саме роль нерухомого майна як об'єкта права довірчої власності, є ключовою у ході еволюції інституту довірчої власності у вітчизняній цивілістиці. Особливості звернення стягнення на такий предмет довірчої власності як житлові приміщення встановлено положеннями ст. 597-9 ЦК України.

Зокрема Закон встановлює десятиденний термін для звільнення всіма мешканцями приміщення з дня отримання вимоги довірчого власника про

виселення при зверненні стягнення на житло – предмет довірчої власності. Якщо ж мешканці не звільняють житлове приміщення у названий або інший погоджений з ними строк, то їх примусове виселення має відбуватися на підставі рішення суду.

Останнє в судовій практиці на сьогодні є невирішеним питанням, що стоїть перед суддями при зверненні стягнення на житлові приміщення як при довірчій власності, так і при іпотеці. Проблема полягає в тому, що норми ЦК України та Закону України «Про іпотеку» про звернення стягнення на житло як предмет забезпечувального обтяження суперечать положенням Конституції України та ЖК України, які встановлюють гарантії для мешканців, яких виселяють із житлових приміщень. Часто саме житлове приміщення виступає забезпечувальним джерелом при довірчій власності та іпотеці, і запровадження законодавцем довірчої власності не вирішило основної проблеми іпотеки – виселення мешканців при зверненні стягнення на такий предмет іпотеки як житлова нерухомість [140, с. 172].

Як вбачається, основна принципова відмінність довірчої власності від іпотеки, до речі, як і будь-якого іншого виду забезпечення, – це перехід до кредитора прав на майно як забезпечувальне джерело ще до порушення боржником забезпеченого довірчою власністю зобов'язання. І повернення боржникові його права власності у разі належного виконання забезпеченого в такий спосіб зобов'язання. З огляду на це І. С. Канзафарова цілком справедливо зазначає, що забезпечувальна функція довірчої власності полягає у передачі кредиторів боржником права власності на рухому річ з метою забезпечення зобов'язання. Але передача власності розглядається лише як попередня, а кредитор є фідучіарним власником, остаточно ж передача власності відбувається тільки при порушенні боржником зобов'язання, яке забезпечене довірчою власністю [138, с. 110].

ЦК України визначає об'єктом довірчої власності майно, яке може бути відчужено і на яке може бути звернено стягнення (ч. 1 ст. 597-2 ЦК України). Отже, об'єктом права довірчої власності може бути рухоме та нерухоме майно.

Виняток ЦК України встановлено стосовно корпоративних прав та подільних об'єктів незавершеного будівництва (ч. 2. 597-2 ЦК України). Певні обмеження містять і положення Земельного кодексу України [141], зокрема щодо земельних ділянок, які знаходяться в державній та комунальній власності. Відповідно до положень Земельного кодексу України передаватися у довірчу власність можуть лише земельні ділянки, які належать особам на праві приватної власності (ч. 4 ст. 89-1 ЦК України).

При встановленні права довірчої власності на практиці отримали поширення випадки встановлення такого права орендарями земельних ділянок, які належать особам на праві приватної власності і передані ними у довгострокову оренду. З цього приводу Дніпропетровський окружний адміністративний суд в своєму рішенні від 26.09.2024 р. у справі № 160/3700/24 правомірно зазначив, що правом передачі майна у довірчу власність наділений лише власник майна, а об'єктом довірчої власності може бути майно (речі), а не речові права похідні від права власності, яким є право оренди, зокрема право оренди на земельні паї [142].

На відміну від законодавства інших країн, зокрема німецького, вітчизняне законодавство визнає об'єктом довірчої власності як рухоме, так і нерухоме майно. І саме від виду майна залежить момент виникнення у довірчого власника права довірчої власності. Так, стосовно рухомого майна довірча власність встановлюється з моменту укладення договору про довірчу власність (ст. 597-3 ЦК України), а на нерухоме майно довірча власність виникає з моменту її державної реєстрації в Державному реєстрі прав на нерухоме майно. Отже законом встановлено обов'язкову реєстрацію права довірчої власності лише щодо нерухомого майна. При цьому згідно з ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державній реєстрації прав підлягають [65]: «право власності та право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання на нерухоме майно, об'єкт незавершеного будівництва, право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання на майбутній об'єкт

нерухомості»; «речові права на нерухоме майно, похідні від права власності», де серед таких прав як право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій); право господарського відання; право оперативного управління та інших законодавець називає і «право довірчої власності на отриманий в управління об'єкт нерухомого майна, об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості».

Як бачимо, Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» розрізняє довірчу власність-забезпечення та довірчу власність-об'єкт управління, що не сприяє чіткості розуміння поняття права довірчої власності як цілісного інституту цивільного права.

Право довірчої власності на рухоме майно може бути зареєстроване як забезпечувальне обтяження на підставі ст. 21 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [59]. На підставі реєстрації встановлюється пріоритет обтяження. Щодо зареєстрованого права довірчої власності діє правило про пріоритет – переважне право обтяжувача (кредитора) відносно права іншої особи на те ж саме рухоме майно. Згідно з положеннями ст. 12 цього Закону задоволення прав чи вимог декількох обтяжувачів (кредиторів), на користь яких встановлено обтяження одного й того ж рухомого майна, здійснюється згідно з пріоритетом, який визначається в порядку, встановленому цим Законом.

Що ж до звернення стягнення на об'єкт довірчої власності – рухоме майно, право кредитора на який зареєстровано, то ст. 24 «Звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження» Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» доповнено ч. 4 Закону України від 20.09.2019 р. № 132-IX такого змісту: «Особливості звернення стягнення на об'єкт права довірчої власності встановлюються законом». Відповідно порядок звернення стягнення, встановлений ст.ст. 24–28 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», на такий предмет забезпечувального обтяження, як довірча власність, не поширюється. Він

встановлений положеннями § 8 гл. 49 ЦК України «Довірча власність» [59].

Отже, розглянемо як діє правовий механізм довірчої власності – речового забезпечення за кредитними договорами та договорами позики. Наслідки порушення боржником забезпеченого довірчою власністю зобов'язання та порядок звернення стягнення на об'єкт довірчої власності встановлений законодавцем у ст.ст. 597-6 та 597-8 ЦК України. Так, довірчий власник у разі прострочення на понад 20 календарних днів виконання боржником основного зобов'язання або прострочення на 30 днів його частини (щомісячна регулярна оплата) вже має право звернути стягнення на об'єкт довірчої власності. Тобто характерною рисою права довірчої власності як особливого виду права власності є те, що довірчий власник здійснює належні йому правоможності на свій розсуд, але з урахуванням встановлених власником обмежень і лише на користь самого власника [143, с. 57].

Основним способом звернення стягнення на об'єкт довірчої власності законом визначений продаж об'єкта довірчої власності довірчим власником будь-якій особі покупцеві. При застосуванні цього способу звернення стягнення закон зобов'язує довірчого власника протягом 30 днів до укладення договору купівлі-продажу повідомити у письмовій формі боржника, користувача та довірчого засновника щодо свого наміру укласти такий договір та повідомити мінімальну ціну продажу, нижче якої довірчий власник не має права відчужити майно. При цьому з метою забезпечення прав боржника йому надається переважне право на придбання об'єкту довірчої власності, для реалізації якого законом (ч. 1 ст. 597-8 ЦК України) встановлено п'ятиденний термін.

Отже протягом п'яти днів після отримання повідомлення довірчого власника про його намір продати об'єкт довірчої власності боржник (довірчий засновник) має сповістити довірчого власника про бажання придбати об'єкт довірчої власності. Закон для такого повідомлення довірчого власника встановлює письмову форму, а також обов'язковою умовою визначає внесення боржником (довірчим засновником) як потенційним покупцем

протягом цього ж строку (5 днів) грошової суми у розмірі ціни продажу в депозит нотаріуса (ч. 2 ст. 597-8 ЦК України).

У науковій літературі наведені положення закону небезпідставно піддані критиці. Зокрема, І. С. Канзафарова та М. С. Федорко вважають, що має місце «порушення принципу рівності учасників цивільних правовідносин, оскільки в цьому випадку боржник обмежений у виборі варіантів своїх дій, у порівнянні з будь-якими іншими набувачами, які можуть придбавати майно та обирати будь-який інший спосіб розрахунку, ніж внесення грошової суми на депозитний рахунок нотаріуса» [138, с. 112].

До того ж, очевидно, що передбачений законодавцем строк для реалізації боржником права переважної купівлі об'єкта довірчої власності є занадто обмеженим. Оскільки відповідно до положень гл. 21 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передача грошей або цінних паперів у депозит нотаріуса проводиться за місцем виконання зобов'язання [144], то для реалізації боржником права переважної купівлі об'єкта довірчої власності останній має протягом п'яти днів знайти необхідну суму грошей, прибути в місце виконання зобов'язання, надати необхідні документи нотаріусу, перерахувати грошові кошти.

Ціна продажу майна, що знаходиться в довірчій власності, визначається довірчим власником згідно положень ч. 3 ст. 597-8 ЦК України «одноособово та не може бути меншою за мінімальну ціну, повідомлену боржникові». Після продажу довірчим власником об'єкта довірчої власності закон зобов'язує останнього повернути довірчому засновнику як власнику цього майна суму, що перевищує розмір заборгованості боржника перед кредитором-довірчим власником, якщо інше не передбачено договором про встановлення права довірчої власності.

Крім продажу довірчим власником об'єкта довірчої власності згідно з положеннями ч. 6 ст. 597-8 ЦК України сторони в договорі про встановлення довірчої власності можуть передбачити інший порядок звернення стягнення на об'єкт довірчої власності. Зокрема, об'єкт довірчої власності може

переходити у власність довірчого власника (без обмежень на користування та розпорядження) у рахунок виконання зобов'язань боржника.

Майно, передане кредитор-довірчому власнику, представляючи собою забезпечувальне джерело цього речового способу забезпечення, надійно захищає майнові інтереси кредитора в разі порушення боржником свого обов'язку з повернення грошей за договором позики чи кредитним договором. Так законодавець визначає, що за рахунок об'єкта довірчої власності довірчий власник має право задовольнити у повному обсязі свою вимогу, розмір якої визначається на момент фактичного задоволення, включаючи сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, та необхідних витрат на утримання об'єкта довірчої власності, якщо інше не встановлено договором (ч. 7 ст. 597-8 ЦК України).

При цьому на відміну від усіх інших способів забезпечення виконання зобов'язань законодавець, врегульовуючи відносини за довірчою власністю, закріплює можливість звернення довірчим власником стягнення на об'єкт довірчої власності не у зв'язку з порушенням забезпеченого зобов'язання боржником перед кредитором. Йдеться про випадки обов'язкового звернення стягнення довірчим власником на передане у довірчу власність майно.

Це випадки: а) державної реєстрації рішення про припинення юридичної особи – боржника за основним зобов'язанням або довірчого власника; б) прийняття судом постанови про визнання боржника за основним зобов'язанням або довірчого власника банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури; в) смерті боржника за основним зобов'язанням, визнання його недієздатним або померлим (ст. 597-7 ЦК України). Наведене свідчить про те, що довірча власність має властивості, які не є характерними для способів забезпечення виконання зобов'язання. Деяким дослідникам це навіть дозволяє стверджувати, що «довірча власність не відповідає сутності забезпечувальних зобов'язань».

До того ж ці положення свідчать про вади юридичної техніки. Зокрема, п. 1 ч. 1 ст. 597-7 ЦК України передбачає, що довірчий власник зобов'язаний

звернути стягнення на об'єкт довірчої власності, зокрема, у разі державної реєстрації рішення про припинення юридичної особи-довірчого власника. Оскільки відповідно до ч. 5 ст. 104 ЦК України «юридична особа є такою, що припинилася, з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення», закономірно виникає питання щодо можливості довірчого власника -юридичної особи виконати припис п. 1 ч. 1 ст. 597-7 ЦК України.

Оскільки забезпечення виконання боржником зобов'язання за кредитним договором чи договором позики при встановленні права довірчої власності передбачає припинення права власності боржника (чи іншої особи) як довірчого засновника (ч. 3 ст. 597-1 ЦК України), то принциповим є питання про повернення останньому права власності на передане довірчому власнику майно. Адже право довірчої власності відповідно положень ч. 1 ст. 597-1 ЦК України встановлюється саме із забезпечувальною метою. Відповідно якщо мета досягнута – кредитор отримав виконання за забезпеченим правом довірчої власності зобов'язанням, що виникло з договору позики чи кредитного договору, то останнє припинилося. З припиненням основного зобов'язання мають припинитися і права кредитора за забезпеченням.

Не зважаючи на загальне правило щодо виникнення й існування забезпечень протягом строку існування основного (забезпеченого) зобов'язання і, відповідно, їх припинення в зв'язку із припиненням останнього, законодавець стосовно права довірчої власності встановлює спеціальний порядок повернення боржнику як довірчому установнику його прав. Так, положеннями ч. 1 ст. 597-11 ЦК України встановлений обов'язок довірчого власника «передати право власності на об'єкт довірчої власності довірчому засновнику» протягом п'яти днів, і внаслідок передачі об'єкта довірчої власності за актом приймання-передачі довірчому засновнику у останнього виникає право власності на це майно. Якщо забезпечувальне майно є нерухомим, то право власності на нього виникне у довірчого засновника після реєстрації права власності у державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

При цьому звертає на себе увагу непослідовне врегулювання законодавцем питання про перехід (повернення) права власності довірчому засновнику після належного виконання останнім зобов'язання, забезпеченого правом довірчої власності. Зокрема, ч. 1 ст. 597-11 ЦК України передбачено, що «протягом п'яти робочих днів з дня припинення (в тому числі у зв'язку з його повним виконанням) основного зобов'язання довірчий власник зобов'язаний передати право власності на об'єкт довірчої власності довірчому засновнику, якщо інше не визначено договором про встановлення довірчої власності». А за договором про встановлення довірчої власності у довірчого засновника припиняється право власності (ч. 3 ст. 597-1 ЦК України), у довірчого ж власника виникає право довірчої власності (ч. 1 ст. 597-1 ЦК України).

Отже, після належного виконання забезпеченого правом довірчої власності зобов'язання довірчому засновнику довірчий власник зобов'язаний повернути право власності на майно, що знаходилося в нього в довірчій власності із забезпечувальною метою. Тобто від довірчого власника вимагається передати (повернути) те право, якого в нього немає. Встановлення ст. 597-11 ЦК України такого обов'язку протирічить відомому ще за часів римського права принципу «Ніхто не може передати іншому таке право, якого сам не має». Як вбачається, мають рацію дослідники, які підкреслюють як недосконалість юридичної техніки при встановленні таких норм, так і недосконалість їх змісту [146, с. 38].

У разі ухилення довірчого власника від укладення акта приймання-передачі, довірчий засновник наділений законодавцем правом «звернутися до суду з позовом про визнання свого права власності на об'єкт довірчої власності (ч. 3 ст. 597-11 ЦК України). При цьому відповідно до положень ст. 392 ЦК України «Визнання права власності» звернутися до суду з такою вимогою може лише власник: «Власник майна може пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорується або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, який засвідчує його право

власності».

З огляду на останнє і з метою усунення суперечностей у вітчизняному законодавстві щодо можливості переходу права власності від власника-довірчого засновника до довірчого власника при встановленні права довірчої власності пропонуємо залишити право власності за довірчим засновником (боржником чи третьою особою) при встановленні довірчої власності як виду забезпечення на кшталт законодавчих положень про договір управління майном (гл. 70 ЦК України). Відповідно на майно, передане довірчому власнику довірчим засновником, встановлюється право довірчої власності довірчого власника і продовжує своє існування право власності довірчого засновника (боржника або третьої особи). При цьому строк існування права довірчої власності довірчого власника має бути обмежений досягненням певної мети встановлення довірчої власності – або управління таким майном або забезпеченням виконання зобов'язання за договором позики, кредитним договором. При цьому існування режиму довірчої власності має «виключити» можливість здійснення довірчим установником (засновником) своїх повноважень власника на період існування довірчої власності.

Отже, пропонуємо виключити положення ч. 3 ст. 597-1 ЦК України про припинення права власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність, з моменту встановлення довірчої власності. І, відповідно, зберегти статус власника за довірчим засновником (боржником або третьою особою, що передала належне їй майно з метою забезпечення) на об'єкт довірчої власності протягом існування режиму довірчої власності довірчого власника.

Оскільки право довірчої власності по факту отримало законодавче врегулювання серед положень про способи забезпечення виконання зобов'язань, то в § 8 гл. 49 ЦК України закріплені норми про довірчу власність, які не лише розкривають її значення як речового способу забезпечення виконання зобов'язання, а й визначають яке майно може передаватись у довірчу власність (ст. 597-2 ЦК України); встановлюють підстави виникнення довірчої власності (ст. 597-3 ЦК України), режим користування об'єктом

довірчої власності довірчим засновником або іншою особою (ст.ст. 597-4, 597-5 ЦК України); встановлення довірчої власності в результаті придбання майна у довірчу власність в інтересах іншої особи (ст. 597-13 ЦК України); встановлюють заборону звернення стягнення на об'єкт довірчої власності на вимогу третіх осіб (ст. 597-10 ЦК України).

Останнє, як вбачається, має особливе значення для запровадження інституту довірчої власності у вітчизняне правове поле. Передання майна у довірчу власність припиняє право власності особи, яка передала його (довірчого засновника), і не веде до виникнення права власності у довірчого власника як особи, яка отримала це майно. В результаті майно, яке передається в довірчу власність, «виводиться» – стає недосяжним для кредиторів учасників договору про довірчу власність. Так, згідно з ч. 1 ст. 597-10 ЦК України «Звернення стягнення на об'єкт довірчої власності за зобов'язаннями довірчого власника не допускається». Неможливість же звернення стягнення на об'єкт довірчої власності за зобов'язаннями довірчого засновника (установника) впливає із змісту положень ч. 3 ст. 597-1 ЦК України про припинення його права власності як особи, яка передала у довірчу власність майно («Я не власник. Цим майном не відповідаю»). Крім цього законодавець у статті під назвою «Звернення стягнення на об'єкт довірчої власності на вимогу третіх осіб» передбачає можливість звернення стягнення на об'єкт довірчої власності за зобов'язаннями довірчого засновника тільки для його кредитора у разі виконання останнім зобов'язання боржника перед довірчим власником, тобто виключно в межах відносин довірчої власності.

Отже, передача майна у довірчу власність виключає можливість звернення на нього стягнення будь-яких кредиторів за будь-якими вимогами, крім вимог довірчого власника, на строк дії забезпеченого довірчою власністю договору. А такий строк може бути значним, адже ніщо не забороняє учасникам цивільних відносин укладати договір про довірчу власність на забезпечення виконання, наприклад, договору позики строком на 5 чи 10 років.

При цьому зрозуміло, що будь-які кредитори – це контрагенти, що

належним чином виконали перед боржником (тепер довірчим установником) свій обов'язок за іншими зобов'язаннями, зокрема надали гроші за кредитними договорами; продали майно з відстроченням платежу; це діти чи інші особи, обов'язок щодо утримання яких не виконує боржник та інші особи, що мають до нього законні вимоги. На нашу думку, така властивість довірчої власності, як застосування її як речового способу забезпечення виконання зобов'язання, може цілком реально застосуватися з метою зловживання правами інших (крім довірчого власника) кредиторів, що мало б бути враховано законодавцем при запровадженні останнього до вітчизняного законодавства, і навряд чи відповідає принципам справедливості, добросовісності та розумності як загальним засадам цивільного законодавства.

Як видається, останнє і є причиною того, що Верховний Суд у своїх рішеннях при розгляді майнових спорів уможливорює накладення арешту на майно, яке не належить на праві власності відповідачу, а є об'єктом права довірчої власності інших осіб. Йдеться про застосування судом доктрини «підняття корпоративної завіси» (*«piercing the corporate veil»*). Метою застосування таких прийомів є притягнення судом до відповідальності осіб, які шляхом передачі свого майна у номінальну власність інших осіб, намагаються убезпечити себе від вимог кредиторів. Так, у справі № 910/268/23 Верховний Суд вказав, що «відповідач свідомо і вже тривалий час працює за схемою володіння майном, яке юридично оформлено на підконтрольних йому осіб з метою уникнення відповідальності за будь-якими персональними зобов'язаннями» [147].

Відтак вбачається, що довірча власність має дуальну природу (як вид права власності, що встановлюється договором про управління майном та в якості способу забезпечення), що повинно бути враховано законодавцем при її закріпленні у положеннях чинного ЦК України. З метою усунення суперечностей, варто залишити право власності за довірчим засновником при встановленні довірчої власності як виду забезпечення, подібно до правового

регулювання договору управління майном, що дозволить гармонізувати обидва випадки довірчої власності та зробити їх правове регулювання більш послідовним. Такий підхід знімає і питання про належність плодів, продукції та доходів, одержаних від використання об'єкта довірчої власності, право на які будуть належати власнику об'єкта довірчої власності, якщо інше сторони не передбачать у договорі.

Висновки до розділу 2

1. Застава є найбільш поширеним із поійменованих речових способів забезпечення виконання зобов'язання, який може встановлюватися договором, законом, рішенням суду. Застава на підставі договору встановлюється за домовленістю сторін про виділення певного майна як забезпечувального джерела в інтересах кредитора на випадок можливого порушення боржником зобов'язання, забезпеченого заставою. Сутність законної застави полягає в тому, що сам закон визначає забезпечувальне джерело у вигляді певного майна, наділяючи кредитора як заставодержателя правом звернути стягнення на це майно у разі невиконання боржником своїх зобов'язань. Прикладом застави на підставі рішення суду може виступати застава у вигляді накладення судом арешту на майно згідно положень ст. 1057-1 ЦК України. Так суд накладає арешт на заставлене майно, яке забезпечувало виконання кредитного договору до визнання його судом недійсним(або визнання недійсним договору застави).

2. Після укладення договору застави (зобов'язання, що надає заставодержателю право застави як речове право), як і у випадках застави, встановленої законом чи на підставі рішення суду, заставодержатель має право звернути стягнення на заставлене майно для задоволення своїх вимог у випадку порушення боржником забезпеченого заставою зобов'язання. Той факт, що реалізація цих прав відбувається не шляхом пред'явлення вимоги до боржника виконати свій обов'язок як зобов'язаної особи, підтверджує речову

природу застави (права застави).

3. Право застави, що належить кредитору, є речовим правом та обтяженням права власності заставодавця. На користь речової природи застави свідчить те, що а) застава зберігається під час переходу предмета застави у власність другої особи; б) надає право заставодержателю-кредитору на абсолютний захист; в) вимоги заставодержателя задовольняються переважно перед іншими кредиторами; г) колізія між речовими правами вирішується за принципом старшинства, зокрема, задоволення вимог першого заставодержателя з вартості предмету застави здійснюється раніше наступних заставодержателів; д) полягає у зверненні кредитором стягнення на певне (визначене) майно безпосередньо своїми силами, а не шляхом пред'явлення вимоги до боржника; е) не припиняється і зберігає чинність у випадку наступної застави вже заставленого майна.

4. Визнаючи право застави кредитора-заставодержателя речовим правом вважаємо доцільним розміщення положень про право застави у Книзі третій ЦК України «Право власності та інші речові права» серед інших речових прав на майно.

5. До обставин, які дозволять кваліфікувати договір про задоволення вимог іпотекодержателя як фrawdаторний можуть бути віднесені: обсяг зобов'язань іпотекодержателя, яке забезпечується іпотекою; створення не передбачених законом переваг іпотекодержателя перед іншим кредитором; момент укладення договору; контрагент, з яким боржник вчиняє оспорюваний договір (наприклад, дружина чи колишня дружина боржника, родич боржника, кум, сват тощо).

6. Притримання як законний речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язань виникає в силу самого факту порушення (прострочення) зобов'язання боржником, не вимагаючи домовленості сторін, проте потребує повідомлення про його застосування. Тому оформленням відносин з притримання виступає односторонній правочин, який вчиняється кредитором шляхом письмового повідомлення боржника про притримання (ч.1 ст. 595 ЦК

України).

7. Кредитором притримання може застосовуватися щодо забезпечення двох груп зобов'язань: 1) по оплаті самої притримуваної речі та відшкодуванню витрат з нею пов'язаних; 2) інших вимог кредитора (ч. 2 ст. 594 ЦК України). Під «іншими» вимогами кредитора слід розуміти грошові вимоги, які вже виникли між цими ж сторонами при виконанні інших договорів.

8. Законність дій кредитора з притримання обумовлена наявністю наступних умов: 1) притримуватися може лише чужа річ - право власності на яку належить іншій особі, а не кредитору; 2) притримувана річ повинна знаходитися у фактичному володінні кредитора; 3) володіння кредитором річчю має відбуватися на законній підставі(якийсь договір); 4) кредитор має право притримувати річ боржника, якщо це не суперечить домовленості сторін у договорі, за яким річ знаходиться у кредитора. Єдиною підставою виникнення права притримання виступає порушення боржником зобов'язання перед кредитором.

9. Завдяки праву притримання кредитор утримує річ у себе до виконання порушеного обов'язку боржником, вимагати вчинення певних дій від боржника (ст. 594 ЦК України). Такі дії кредитора відносяться до заходів оперативного впливу. Вони здійснюються шляхом самозахисту - особі, чії права порушено, немає потреби звертатися до юрисдикційних органів щоб отримати дозвіл на притримання речі. А встановлене ст. 597 ЦК України право кредитора задовольнити свою вимогу з вартості притримуваної речі шляхом звернення на неї стягнення вказує на наявність забезпечувального джерела в розмірі притримуваної речі, що є характерною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язання.

10. З метою правової визначеності пропонується обмежити право кредитора притримувати річ боржника строком позовної давності за основним зобов'язанням. Протягом цього строку кредитор зобов'язаний або задовольнити свої вимоги за рахунок притримуваного майна або передати річ

боржнику.

11. Як речовий спосіб забезпечення притримання можливе стосовно рухомих речей. Проблема притримання нерухомого майна викликана необхідністю державної реєстрації прав на нерухоме майно, що суперечить сутності правової природи та оперативності механізму дії притримання як заходу оперативного впливу, адже кредитор при притриманні є фактичним, а не юридичним (не титульним) володільцем.

12. Суперечливе законодавче врегулювання довірчої власності не заважає останній як речовому виду забезпечення виконувати свою основну функцію – захист прав кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання.

13. Значення довірчої власності як речового способу забезпечення виконання зобов'язання полягає у закріпленні за довірчим власником прав на певне майно (забезпечувальне джерело) на випадок задоволення своєї вимоги у разі невиконання боржником свого зобов'язання. І, відповідно, надає право довірчому засновнику звільнити це майно від обтяжень при належному виконанні забезпеченого правом довірчої власності зобов'язання.

14. Характерними ознаками довірчої власності як речового способу забезпечення виконання зобов'язання виступають спрощена система звернення стягнення на майно та реальний правовий захист майнових інтересів кредитора.

15. За рахунок майна, переданого у довірчу власність довірчий власник (кредитор за забезпеченим зобов'язанням) у разі порушення боржником забезпеченого довірчою власністю зобов'язання наділений правом задовольнити свою вимогу у повному обсязі, що означає: повернення суми основного боргу, сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, а також понесених витрат на утримання об'єкта довірчої власності.

16. Пропонуємо виключити положення ч. 3 ст. 597-1 ЦК України про припинення права власності особи, яка передала своє майно у довірчу

власність, з моменту встановлення довірчої власності. І, відповідно, зберегти статус власника за довірчим засновником (боржником або третьою особою, що передала належне їй майно з метою забезпечення) на об'єкт довірчої власності протягом існування режиму довірчої власності довірчого власника. При цьому існування режиму довірчої власності має скасовувати можливість здійснення довірчим установником (засновником) своїх повноважень власника на період існування довірчої власності.

17. Основна відмінність довірчої власності від будь-якого іншого виду забезпечення - це перехід до кредитора прав на майно як забезпечувальне джерело ще до порушення боржником забезпеченого довіркою власністю зобов'язання. І повернення боржникові його права власності у разі належного виконання забезпеченого в такий спосіб зобов'язання.

18. Передання майна у довірчу власність припиняє право власності особи, яка передала його (довірчого засновника), і не веде до виникнення права власності у довірчого власника як особи, яка отримала це майно. В результаті майно, яке передається в довірчу власність, «виводиться» - стає недосяжним для кредиторів учасників договору про довірчу власність. Передача майна у довірчу власність виключає можливість звернення на нього стягнення будь-яких кредиторів за будь-якими вимогами, крім вимог довірчого власника, на строк дії забезпеченого довіркою власністю договору.

РОЗДІЛ 3

НЕПОЙМЕНОВАНІ РЕЧОВІ ВИДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Пошук забезпечувального джерела у формі конкретного майна як визначальна характеристика речових видів забезпечення виконання зобов'язання сприяє вирішенню дискусійного питання, що роками існує в доктрині цивільного права: кваліфікація та систематизація «інших видів забезпечення». Розв'язання цієї, на перший погляд, теоретичної проблеми має суттєве практичне значення, оскільки надає учасникам договірних відносин можливість встановлювати правові конструкції у якості «інших майнових» видів забезпечення виконання зобов'язання на випадок можливого порушення зобов'язання з метою надійного захисту прав кредитора. У випадку невиконання або неналежного виконання боржником зобов'язання, забезпеченого речовим видом забезпечення, кредитор набуває право у повному обсязі задовольнити свої вимоги за рахунок окремо визначеного майна.

Отже, варто розглянути ті правові конструкції, які не названі законодавцем у ч. 1 ст. 546 ЦК України як поймаєні види забезпечення, зокрема речові, але можуть бути застосовані учасниками цивільного обороту з такою метою.

Найбільш уживаними серед непойменованих речових видів забезпечення виконання зобов'язання видаються гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, забезпечувальне зберігання речей, реалізація невитребуваного майна та договори репо [118, с. 115]. В умовах розвитку цивільного обороту, постійного пошуку нових видів забезпечень, такий перелік не претендує на вичерпність, проте в межах дисертації дозволяє окреслити найдієвіші непойменовані їх види.

3.1. Гарантійний платіж

Серед речових непойменованих способів забезпечення виконання зобов'язання в останнє десятиріччя значного поширення набула правова

конструкція гарантійного платежу або ж «забезпечувальний платіж/внесок», «гарантійний депозит», «страховий депозит», «депозитна сума»). Його забезпечувальна сутність полягає у гарантуванні боржником виконання свого зобов'язання за рахунок грошових коштів (забезпечувального джерела), переданих наперед кредиторів.

У наукових працях вітчизняних і закордонних вчених, зокрема, А. Ю. Бабаскіна, А. Г. Бобкової, І. Й. Пучковської, Ю. О. Серебрякова та інших щодо правової природи забезпечувального (гарантійного) платежу створено відповідне теоретичне підґрунтя. Вищеназвані дослідники послідовно утверджують думку про правову природу гарантійного платежу як способу забезпечення виконання зобов'язання.

Такий підхід знайшов своє закріплення і в Концепції оновлення ЦК України, автори якої пропонують доповнити останній таким новим способом забезпечення виконання зобов'язання. Так, відповідно до § 5.20 Концепції оновлення ЦК України, під забезпечувальним платежем пропонується розуміти грошове зобов'язання, *в тому числі з відшкодування збитків або сплати неустойки за порушення договору*, що здійснюється за домовленістю сторін шляхом внесення однією зі сторін на користь іншої певної грошової суми [57, с. 42]. Пропонується передбачити і можливість забезпечення майбутніх зобов'язань за допомогою такої правової конструкції.

Варто погодитися з тим, що потреба у закріпленні гарантійного платежу серед способів забезпечення виконання зобов'язань дійсно існує, оскільки його ефективність не викликає сумнівів. На відміну від деяких інших способів забезпечення, цей забезпечувальний інструмент надає кредитору можливість відшкодувати збитки та стягнути неустойку в разі настання передбачених договором обставин без звернення до суду [57, с. 42]. Саме це робить його привабливим інструментом захисту прав, а тому дослідження потребує питання щодо особливостей його впровадження як окремої забезпечувальної конструкції у ЦК України.

Попри те, що на сьогодні гарантійний платіж не знайшов законодавчого

закріплення, судова практика демонструє його популярність серед учасників договірних відносин [148; 149], що значною мірою обумовлено грошовим характером останнього.

Зміст забезпечувального платежу полягає в тому, що боржник *завчасно* надає кредитуру визначену грошову суму, яка і виступає способом забезпечення виконання зобов'язання. Вона повертається боржнику тільки у випадку належного виконання основного зобов'язання, або ж зараховується в *рахунок виконання основного зобов'язання*. Якщо зобов'язання боржником було порушене – за рахунок гарантійного платежу *сплачується неустойка чи відшкодовуються збитки* кредитуру [150, с. 154]. Універсальна правова природа демонструє привабливість цього способу забезпечення для учасників договірних відносин, адже така функціональність притаманна далеко не всім (навіть поймаєним) видам забезпечення. Одночасно мають місце труднощі при застосуванні такої забезпечувальної конструкції, оскільки відсутні законодавчо закріплені положення як орієнтири для його застосування.

Варто вказати основні особливості гарантійного платежу для пошуку дієвих механізмів його реалізації на практиці. У науковій літературі дослідниками підкреслюється, перш за все, забезпечувальна функція цього правового інструменту, зокрема вказується, що завдяки гарантійному платежу можливе передання боржником кредитуру певної грошової суми для задоволення вимог останнього на випадок порушення боржником взятих на себе грошових (у першу чергу) обов'язків за укладеним договором [20, с. 349]. Гарантійний платіж фактично створює додатковий резерв, за рахунок якого орендодавець у разі порушення основного зобов'язання орендарем може задовольнити свої вимоги. Метою гарантійного платежу виступає забезпечення прав орендодавця у випадку порушення орендарем своїх зобов'язань, а саме сплати грошової суми [151].

Як наголошує А. Ю. Бабаскін, особливістю дії механізму гарантійного платежу є те, що він дає змогу кредитуру отримати наперед узгоджену між сторонами суму (ще до порушення забезпеченого зобов'язання), на відміну від

більшості способів забезпечення виконання зобов'язань (окрім завдатку) [152, с. 275]. Це дає підстави стверджувати, що факт його існування вже забезпечує оперативний захист прав кредитора за договором, в тому числі і в частині відшкодування можливих збитків, адже кредитору не потрібно звертатися з вимогою про передачу забезпечувального джерела (як, наприклад, при неустойці). Варто підтримати І. С. Канзафарову та М. С. Федорко, які стверджують, гарантійний платіж як спосіб забезпечення можливо встановити лише стосовно грошових зобов'язань, адже саме у цьому випадку основний борг може бути сплачений шляхом використання заздалегідь зарезервованих коштів. Дослідниці вказують, що забезпечувальний платіж не може забезпечувати виконання негрошового зобов'язання, зокрема за яким має місце обов'язок щодо передачі речі чи передачі результату робіт [150, с. 156].

Такий підхід відповідає його правовій природі і в тій частині, що інакший підхід унеможливив би використання гарантійного платежу в певній частині. Наприклад, укладаючи договір оренди, сторони договору наперед домовляються про забезпечення виконання зобов'язання шляхом внесення гарантійного платежу в розмірі орендної плати за один-три місяці. Зазначена сума перераховується на рахунок орендодавця та, згідно з умовами договору, може використовуватись для погашення заборгованості з орендної плати у випадку прострочення платежу орендарем. Крім того, з цієї суми орендодавець має право утримати штрафні санкції за визначені договором порушення зобов'язань орендарем, включаючи пошкодження орендованого майна або настання інших форс-мажорних обставин [153, с. 51]. Отже грошовий платіж виступає ефективним забезпеченням, коли він встановлюється з метою забезпечити виконання орендарем(наймачем) своїх обов'язків за договором оренди як в частині своєчасного внесення плати за користування орендованим майном, так і в разі пошкодження цього майна.

Зокрема, за рахунок гарантійного платежу наймодавець має змогу задовольнити свою вимогу по отриманню орендної плати від орендаря та відшкодування завданих пошкодженням орендованої речі збитків. Якщо б такі

відносини забезпечувалися певним майном, то необхідно було би звернути стягнення на таке майно, потім, наприклад, дочекатися продажу такого майна з публічних торгів, і лише тоді отримати певну грошову суму, необхідну для ремонту пошкодженого майна, що безумовно не сприяло б оперативному захисту порушених прав кредитора.

Правозастосовна практика свідчить, що забезпечувальний платіж у якості одного з непомічених способів забезпечення виконання зобов'язання набув значного поширення не лише в орендних відносинах, а й в документарних операціях фінансових установ України та відносинах, що виникають при укладенні попередніх договорів [154, с. 435]. При цьому, якщо застосування гарантійного платежу в орендних відносинах не викликає сумнівів, то його використання при укладенні попередніх договорів є дискусійним.

Так, О. М. Обривкіна та Д. В. Рачунь зазначають, що на практиці за попередніми договорами сторони погоджують так званий забезпечувальний або гарантійний платіж. У разі невиконання покупцем своїх зобов'язань ця сума залишається продавцеві в якості компенсації. У разі укладення основного договору забезпечувальний платіж підлягає поверненню або, що використовується частіше, зараховується в якості першого платежу за основним договором. Оскільки гарантійний платіж в запропонованій схемі є забезпеченням виконання організаційного договору, з метою виключити будь-які сумніви з цього питання сторонам попереднього договору необхідно обов'язково передбачити, що передана як забезпечувальний платіж грошова сума не є неустойкою, поручительством, гарантією, порукою, утриманням або завдатком [155, с. 62].

Подібне використання гарантійного платежу має місце при виникненні відносин щодо набуття нерухомого майна у власність через інститути спільного інвестування. Так, на забезпечення виконання обов'язків за попереднім договором, що укладається в нотаріальній формі, сторони в простій письмовій формі укладають забезпечувальний договір. За цим

договором інвестор сплачує забудовнику гарантійний платіж. Після прийняття об'єкта нерухомого майна в експлуатацію, такий гарантійний платіж зараховується в рахунок оплати за основним договором купівлі-продажу [156, с. 108].

Можливість використання гарантійного платежу при укладенні попередніх договорів ставлять під сумнів І. С. Канзафарова І. С. та М. С. Федорко. Дослідниці вказують, що попередній договір породжує організаційне, а не грошове зобов'язання, зміст якого обмежується обов'язком укласти основний договір на умовах, визначених попереднім договором [150, с. 156]. З таким підходом варто погодитись лише частково. Вбачається, що дійсно неможливо за допомогою гарантійного платежу забезпечити виконання контрагентом основного договору на підставі попереднього. Водночас за допомогою нього гарантовано будуть відшкодовані збитки, завдані у зв'язку з ухиленням від укладення основного договору. Частина 2 ст. 635 ЦК України передбачає таку можливість для кожної зі сторін попереднього договору, але джерела для притягнення винної у неукладенні основного договору сторони не надає. Проблема полягає тільки у тому, що гарантійний платіж як спосіб забезпечення виконання зобов'язання «спрацьовує» в односторонньому порядку та передається кредитуру за договором. Відтак у відносинах, обумовлених попереднім договором, можливість відшкодувати збитки за рахунок гарантійного платежу буде тільки у кредитора, якому він був наданий (наприклад, продавця за основним (майбутнім) договором купівлі-продажу).

Це одна з особливостей, яка відрізняє гарантійний платіж від завдатку, адже останній встановлює однаковий розмір відповідальності для кожної сторони як можливого порушника, хоча передається лише однією стороною – боржником. Гарантійний же платіж забезпечує інтереси тільки однієї сторони зобов'язання – кредитора. Відповідно у разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання сторона, яка одержала забезпечувальний платіж, не зобов'язана повертати його в подвійному розмірі [152, с. 273].

Водночас в ЦК Республіки Казахстан закладений дещо інший підхід до

вирішення долі гарантійного платежу. Так, ст. 292 ЦК Республіки Казахстан прямо закріплює можливість забезпечення виконання зобов'язання за допомогою гарантійного внеску. Відповідно, для законодавства Казахстану гарантійний платіж (внесок) є пойменованим видом забезпечення, особливості застосування якого окремо врегульовані у § 7 гл. 18 ЦК Казахстану ще з 2011 р. Так, під гарантійним внеском у ЦК Казахстану розуміється грошова сума, яка передається платником отримувачу в забезпечення виконання зобов'язання з укладення договору на торгах чи для виконання інших зобов'язань. Відповідно до ст. 338-4 ЦК Казахстану, при невиконанні зобов'язання, забезпеченого гарантійним внеском, з вини платника, останній залишається у другій сторони. При невиконанні зобов'язання, що забезпечене гарантійним внеском з вини отримувача такого внеску або ж припинення основного зобов'язання за угодою сторін чи у випадку неможливості виконання, що настала без вини сторін, гарантійний внесок повертається платнику [157].

О. Ковальова пропонує забезпечувати виконання зобов'язань, що виникають з попереднього договору, переданням забезпечувального платежу тільки стороною, яка за основним договором має передавати грошові кошти. При цьому дослідниця вважає необхідним у цьому випадку для гарантійного платежу встановити правовий режим аналогічний завдатку. Так у випадку неукладення основного договору через провину сторони, що внесла забезпечувальний платіж, такий платіж винній стороні не повертається. Якщо ж основний договір не укладено з вини сторони-отримувача забезпечувального платежу, вона зобов'язана не лише повернути отриманий гарантійний платіж, але й додатково сплатити стороні, що його внесла, суму, рівну розміру цього забезпечувального платежу [158, с. 32].

У цілому підтримуючи підхід щодо можливості забезпечення попереднього договору гарантійним платежем, пропонуємо застосовувати його не в частині обов'язку укласти основний договір, а щодо обов'язку відшкодувати завдані збитки у зв'язку з ухиленням від його укладення.

Вважаємо, що основною функцією гарантійного платежу є захисна, зокрема компенсаційна, оскільки його встановлення в договірних відносинах спрямоване, перш за все, на захист майнової сфери кредитора шляхом відновлення (відшкодування збитків). Водночас варто погодитись з тим, що забезпечувальний платіж може виконувати і штрафну функцію, виступаючи фінансовим джерелом для задоволення вимог по сплаті штрафної неустойки [150, с. 157].

У науковій літературі наголошується на тому, що гарантійному платежу не властива платіжна функція, оскільки повернення забезпечувального платежу не є його кваліфікуючою ознакою [152, с. 273], водночас на практиці гарантійний платіж все ж таки може зараховуватися в рахунок, зокрема, сплати орендної плати за останній місяць, якщо потреба у його використанні на випадок неналежного виконання відпала.

Подібний підхід закріплено, наприклад, у ч. 3 ст. 338-3 ЦК Республіки Казахстан: при укладені договору чи виконанні іншого зобов'язання, забезпеченого гарантійним внеском, його сума зараховується в рахунок належних отримувачу платежів від другої сторони, якщо інше не передбачено договором, законом, або не впливає із суті зобов'язання [157]. На нашу думку, такий підхід вбачається виправданим та не суперечить правовій природі гарантійного платежу.

Розглянуті особливості гарантійного платежу пояснюють його популярність серед учасників договірних відносин. Юридична конструкція забезпечувального платежу активно використовується в цивільному обороті багатьох країн світу. Щодо назви цього способу забезпечення терміни вживаються різні – «гарантійний платіж», «гарантійний депозит», «гарантійний внесок», «забезпечувальний платіж», «забезпечувальний депозит» (security deposit). Сфера застосування цього правового механізму у Німеччині, Франції, Грузії обмежується орендними відносинами. У США забезпечувальний депозит (security deposit) застосовується переважно у орендних правовідносинах, але ними не обмежується. У Казахстані відповідно

гарантійний внесок може бути використаний у будь-якому грошовому зобов'язанні.

Цивільний кодекс Грузії (ст. 552 ЦК Грузії) використання конструкції забезпечувального платежу вважає можливим лише в орендних відносинах та закріплює правило про необхідність нарахування відсотків на заздалегідь внесене забезпечення. В Грузії органи безспірної юрисдикції та держава сприяють захисту суб'єктивних прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб [159, с. 189]. Отже, грузинський законодавець закріплює правило, що після припинення правовідношення за договором найму при належному виконанні договору наймачем гарантійний платіж йому повертається з відсотками, які нараховуються за час дії договору найму.

Вбачається, що такий підхід обумовлений тим, що наймодавець певний час (час існування зобов'язання) користується чужими грошовими коштами, адже сам по собі гарантійний платіж, як й інші види забезпечення має акцесорний характер і не використовується у механізмі виконання основного договору. Положення ст. 536 ЦК України покладають на боржника обов'язок сплачувати проценти за користування чужими грошовими коштами, якщо інше не встановлено договором між ними або Законом України «Про банки і банківську діяльність» [160].

На нашу думку, добросовісний наймач, який належно виконує зобов'язання за договором теж повинен мати гарантії не тільки повернення забезпечувального платежу, а й не зазнавати ризику інфляційних втрат. Відтак, доречним буде закріплення в чинному ЦК України правила про сплату наймачу наймодавцем відсотків за користування чужими грошовими коштами та покриття інфляційних втрат у випадку, коли наймач сумлінно виконує своє зобов'язання.

Це пов'язано ще й з тим, що гарантійний платіж як вид забезпечення виконання зобов'язання на сьогодні не містить правила про заборону наймодавця користуватися переданими йому із забезпечувальною метою грошима під час виконання основного зобов'язання. Останнє дозволяє

наймодавцю як кредитору правомірно використовувати грошові кошти, внесені в якості гарантійного платежу, в тому числі розмістити їх за договором банківського вкладу (депозиту), отримуючи відповідні відсотки тощо.

Цікавим з досліджуваної проблематики є досвід Польщі, адже законодавець закріплює можливість забезпечення виконання зобов'язання за допомогою гарантійного платежу шляхом внесення на банківський рахунок певної грошової суми, яку банк повинен повернути після погашення боргу, включно з процентами та комісією. При цьому банк має право утримати з гарантійного платежу суму, що відповідає розміру несплаченої боржником заборгованості перед банком, включаючи відсотки, комісійні платежі та інші витрати, які банк поніс у зв'язку з відшкодуванням дебіторської заборгованості боржника [161].

Вбачається, що це питання повинно бути врегульовано і на рівні ЦК України і може мати два шляхи вирішення:

- або передбачити можливість сплати відсотків наймачеві за користування наймодавцем коштами, що передані йому в якості гарантійного платежу;

- або накласти заборону на користування наймодавцем такими коштами шляхом внесення їх на окремий рахунок наймодавця-кредитора із відповідною заборonoю. Обидва підходи до «зберігання» та використання гарантійного платежу поєднує законодавство ФРН. Так, § 551 Німецького цивільного уложення передбачено надання орендодавцю житла грошових коштів як певного забезпечення, *які розміщуються на спеціальному «заставному» банківському рахунку орендодавця*. За їх допомогою орендодавець може задовольнити свої вимоги у разі недобросовісності наймача, а у разі дотримання ним договірних умов кошти повертаються орендодавцем разом з нарахованими банком відсотками [152, с. 270].

Важливим питанням щодо особливостей гарантійного платежу як виду забезпечення виконання зобов'язання, яке повинно бути врегульовано на рівні ЦК України, є його розмір. Наприклад, на відміну від ЦК Республіки

Казахстан, де чітко не визначено розміру гарантійного внеску, ЦК Грузії закріплює, що сума забезпечення не повинна перевищувати трьох розмірів місячної орендної плати [162]. Вбачається, що встановлення певних меж гарантійного платежу є виправданим кроком для унеможливлення зловживання орендодавцем-кредитором своїми правами. За іншого підходу останній мав би можливість вимагати від боржника забезпечити основне зобов'язання сумами, які значно перевищують обсяг основного зобов'язання, що призводило б до не виправданого обмеження прав боржника. Відповідно, вбачається, що сума гарантійного платежу повинна бути обґрунтовано пропорційна до основного зобов'язання та залежати від того, які відносини за договором виникають. Зокрема, розмір гарантійного платежу в орендних відносинах може залежати від строку найму, розміру орендної плати, ринкової вартості нерухомості та фінансового становища наймача.

Виокремивши головні особливості гарантійного платежу та надавши пропозиції щодо його закріплення у оновленому ЦК України, варто також звернути увагу на питання відмежування цього виду забезпечення від схожих правових конструкцій.

З'ясування правової природи гарантійного платежу через порівняння зі схожими поійменованими способами забезпечень має важливе значення для визначення місця гарантійного платежу в системі забезпечувальних засобів.

Так, забезпечувальний (гарантійний) платіж має окремі ознаки завдатку, застави, притримання, заздалегідь визначених збитків, що зумовлює його схожість з вищезгаданими забезпеченнями та актуалізує порівняльний аналіз щодо суміжних правових конструкцій [163, с. 231].

Гарантійний платіж і завдаток.

Завдаток як поійменований вид забезпечення виконання зобов'язання закріплений у ст. 570 ЦК України, відповідно до положень якої останній представляє собою грошову суму або рухоме майно, що надається боржником кредиту в рахунок належних за договором платежів, для підтвердження зобов'язання і забезпечення його виконання. Як вже зазначалося, на відміну

від завдатку, забезпечувальний платіж створює забезпечення тільки на випадок невиконання зобов'язання боржником. Порухення зобов'язання кредитором не покладатиме на нього жодних негативних правових наслідків. Кредитору лише необхідно повернути гарантійний платіж боржнику у тій же сумі. Спільним для завдатку та гарантійного платежу є те, що обидва виникають на підставі договору [150, с. 155], проте гарантійний платіж, на відміну від завдатку ще здатний ефективно забезпечувати можливість відшкодування за його рахунок збитків, завданих у зв'язку з ухиленням від укладення попереднього договору.

Стосовно виконуваних функцій слід зазначити, що завдатку властива платіжна, посвідчувальна та забезпечувальна функції. Втрата завдатком навіть однієї з перелічених вище функцій позбавляє його властивості завдатку. Гарантійному платежу таке різнобарв'я функцій не властиве, він застосовується кредитором з метою відновлення майнової сфери останнього тільки у випадку недотримання боржником своїх обов'язків. І лише якщо необхідність його використання як виду забезпечення відпадає грошова сума, передана кредитору як гарантійний платіж, може бути зарахована у рахунок належних за договором платежів.

Ще однією відмінністю завдатку та гарантійного платежу є те, що хоча завдатком забезпечується виконання лише грошових договірних зобов'язань, проте його форма може бути не тільки грошовою [150, с. 155–156], на відміну від гарантійного платежу, яким завжди виступає грошова сума. Ми неодноразово звертали увагу на спеціальний предмет цього способу забезпечення – гроші.

Таким чином, за функціональною спрямованістю забезпечувальний платіж та завдаток не є тотожними, а матеріальний предмет забезпечувального платежу вужчий, ніж завдатку, яким окрім грошей, може виступати ще й рухоме майно (ч.1 ст. 570 ЦК України). Наведені відмінності не дозволяють розглядати забезпечувальний платіж в якості різновиду завдатку не дивлячись на те, що зміст зобов'язання із забезпечувального платежу вужчий ніж зміст

зобов'язання із завдатку. Як ми бачимо, класифікація речових видів забезпечення виконання зобов'язання впливає як на доктрину зобов'язального права, так і цивільне законодавство взагалі [164, с. 80].

Гарантійний платіж і застава.

Заслуговує на увагу схожість забезпечувального (гарантійного) платежу із заставою з огляду на тотожність правових наслідків належного виконання основного зобов'язання та порушення зобов'язання, забезпеченого заставою або забезпечувальним платежем [165, с. 82]. Це зумовлено їх сутністю, яка полягає в резервуванні кредитором певного майна чи коштів, за рахунок яких він одержує задоволення у разі невиконання боржником зобов'язання.

В судовій практиці непоодинокі випадки ототожнення гарантійного платежу із заставою. Так, у рішенні Господарського суду Харківської області у справі № 12/189 міститься висновок суду, що «Оскільки у разі невиконання орендарем зобов'язань за договором оренди або пошкодження об'єкту оренди орендодавець має одержати задоволення за рахунок гарантійного платежу, такий платіж за своєю природою є заставою» [166]. Аналогічний висновок міститься в ухвалі Господарського суду Херсонської області у справі № 5-362/08 [167].

Проте існує й інша практика, де суди все ж таки вбачають відмінність між цими видами забезпечення. Зокрема рішенням Господарського суду міста Києва у справі № 4/429 було визнано гарантійний платіж самостійним способом забезпечення виконання зобов'язань за договором оренди та встановлено правомірність зарахування орендодавцем частини гарантійного внеску в рахунок витрат за ремонт і прибирання приміщень та прилеглої території, що було передбачено договором оренди [168].

Як вбачається, схожість цих видів забезпечення виявляється в тому, що після припинення основного зобов'язання його належним виконанням заставлене майно, як і забезпечувальний платіж, підлягають поверненню, а у разі порушення основного зобов'язання кредитор має право задовольнити свої вимоги за рахунок заставленого майна або грошових коштів (у випадку

гарантійного платежу). Останнє дало підстави О. Очиченку зробити висновок, про змішану правову природу гарантійного платежу, що поєднує у собі елементи застави і завдатку [169, с. 8].

Водночас предметом застави, на відміну від предмета гарантійного платежу, відповідно до ЦК України, може бути «будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення». Конструкція застави передбачає наявність можливості реалізації предмета застави [152, с. 271] після звернення на нього стягнення, в чому немає необхідності при забезпеченні зобов'язання гарантійним платежем.

Законодавством України передбачено право кредитора на звернення стягнення на заставлене майно боржника (чи третьої особи) у разі порушення останнім забезпеченого заставою зобов'язання. Як загальне правило звернення стягнення на заставне майно боржника відбувається на підставі судового рішення чи виконавчого напису нотаріуса, після чого при безпосередній участі державного виконавця відбувається реалізація предмету застави з публічних торгів. Для гарантійного платежу вищезазначене не є характерним, оскільки останній представляє собою грошову суму, яка на момент порушення зобов'язання вже перебуває у власності кредитора, і йому для захисту своїх прав не потрібно звертатися до юрисдикційних органів.

Відповідно, на відміну від застави, реалізація прав кредитора за гарантійним платежем не потребує додержання встановленого законом порядку для звернення стягнення та реалізації предмета застави у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання, що робить забезпечувальний платіж більш привабливим для кредитора у порівнянні із заставою.

Гарантійний платіж, неустойка та астрент.

Головною відмінністю та перевагою гарантійного платежу порівняно з неустойкою є те, що сплата останньої боржником кредитору лише передбачається у разі порушення боржником забезпеченого в такий спосіб

зобов'язання. Сплата ж кредитору гарантійного платежу відбувається ще до порушення основного зобов'язання на випадок його можливого порушення, що робить забезпечувальний платіж значно привабливішим для кредитора. Крім цього предметом неустойки можуть бути грошові кошти або інше майно, а предметом забезпечувального платежу – лише грошові кошти. Неустойка, виступаючи мірою цивільно-правової відповідальності, не створює забезпечувального джерела для захисту прав кредитора у разі порушення боржником забезпеченого (основного) зобов'язання. А гарантійний платіж забезпечує відновлення майнового стану кредитора за рахунок забезпечувального джерела – грошової суми, переданої з цією метою кредитору. Відповідно, кредитор, встановлюючи неустойку за наявності гарантійного платежу розуміє, що у разі порушення зобов'язання боржником зможе реально її отримати, а не лише вимагати сплати боржником. Отже вимоги кредитора щодо сплати неустойки, наприклад, пені за прострочення сплати орендних платежів або штрафу можуть задовольнятися за рахунок гарантійного платежу.

Порівнюючи неустойку та забезпечувальний платіж, А. Ю. Бабаскін, серед іншого, вказує на те, що у кредитора право на неустойку виникає незалежно від наявності збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, а право кредитора не повертати боржнику кошти забезпечувального платежу виникає у разі завдання кредитору збитків. Дослідник також звертає увагу на те, що проценти на неустойку не нараховуються, в той час як на суму забезпечувального платежу проценти можуть нараховуватись [152, с. 273]. При цьому слід уточнити, що про нарахування процентів на суму неустойки може йтися лише як про проценти-відповідальність, що сторони можуть передбачити своєю домовленістю в договорі (ст. 625 ЦК України). На суму ж забезпечувального платежу проценти можуть нараховуватись як проценти за користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК України), якщо це буде передбачено законом при врегулюванні відносин за забезпечувальним платежем або за

домовленістю сторін.

Наведене демонструє переваги гарантійного платежу в порівнянні з неустойкою, а саме – надання кредитору реальної можливості оперативно захистити свої права за рахунок вже наявної у нього грошової суми (гарантійного платежу), що кредитор здійснює власними силами (не потрібно звертатися до юрисдикційних органів), тобто в порядку самозахисту.

Певною мірою для з'ясування правової природи забезпечувального платежу має аналіз механізму застосування астренту – судової неустойки як засобу відповідальності боржника за невиконання судового рішення. Питання розмежування гарантійного платежу з астрентом має важливе значення з врахуванням положень Концепції оновлення ЦК України щодо закріплення цих конструкцій в якості нових способів забезпечення в ЦК України.

Так, автори цієї Концепції пропонують доповнити останній положеннями про судову неустойку (астрент), яку суд на вимогу позивача може зобов'язати виплатити відповідача, якщо він не виконає рішення суду. Отже, астрент означає присудження грошових сум як способу забезпечення виконання судового акта, тобто астрент – це неустойка або пеня за неналежне виконання рішення суду. Суд застосовує астрент за умови, що подано позов про виконання зобов'язання в натурі. Як справедливо наголошується у Концепції, судова неустойка або астрент не може нараховуватися на грошові вимоги [57, с. 35].

Астрент з'явився у Франції в XIX ст. і розвивався спочатку виключно в судовій практиці, а його легальне закріплення у французькому законодавстві відбулося тільки у першій половині XX ст. Потім простота та утилітарність конструкції астрента сприяла її закріпленню в законодавстві Італії, Португалії, Бельгії, Фінляндії, Люксембурга та низки інших європейських країн, де і нині вона продовжує успішно застосовуватися [170, с. 668].

У ФРН концепція астренту виступає фактично як матеріальна відповідальність у справі за невиконання судового рішення перед державою (сума астренту сплачується в державний бюджет). Німецька модель астренту

передбачає стягнення у дохід держави та виглядає як штраф за неповагу до рішення суду [171, с. 81]. В Італії ж інститут астренту з'явився у 2009 р. і має більш вузьку сферу застосування – його стягнення здійснюється лише за ініціативою сторони [172]. Варто також зазначити, що в окремих країнах Європи існує «половинний» підхід, зокрема, в Португалії одна половина суми астренту сплачується державі, а друга – ініціатору позову за справою.

Така судова неустойка не є публічно-правовим інститутом або процесуальним штрафом суду, а її межі поширюються тільки на існуючі між сторонами спору відносини, якщо боржник і надалі допускатиме прострочення. Як справедливо вказує С. О. Погрібний, основною метою астренту є процесуальна економія, зменшення вірогідності повторного звернення цього самого позивача до того ж відповідача до суду з приводу невиконання останнім того самого зобов'язання [171, с. 81].

Відтак, за своєю правовою природою гарантійний платіж та астрент різняться порядком їх встановлення, механізмом реалізації та метою. Гарантійний платіж представляє собою забезпечувальне джерело у вигляді грошової суми, яка передається кредитору на випадок можливого порушення зобов'язання боржником і у разі порушення дозволяє оперативно захистити майнові права кредитора. Астрент же являє собою покладення на боржника обов'язку сплатити встановлену судом грошову суму у випадку невиконання ним рішення суду, що дозволяє визначати його природу як міри відповідальності, зокрема пені, яка має бути сплачена боржником виключно за рішенням суду за несвоєчасне виконання цим боржником рішення суду. Астрент не може нараховуватися на грошові вимоги.

Гарантійний платіж і притримання.

Якщо порівнювати притримання і гарантійний платіж, то слід зазначити, що притримання є законним видом забезпечення, а гарантійний платіж завжди договірним. При цьому право притримувати річ виникає у кредитора в момент порушення зобов'язання боржником, а можливість звернення стягнення на предмет притримання реалізується в судовому порядку. І лише після

звернення стягнення і реалізації предмету притримання з публічних торгів буде задоволена вимога кредитора в зв'язку з порушенням боржником зобов'язання.

Право ж на «утримання» кредитором у себе гарантійного платежу існує ще до порушення зобов'язання боржником, оскільки останній передається боржником кредиту на момент укладення договору на випадок його можливого порушення. Реалізація ж кредитором своїх прав щодо гарантійного платежу не потребує звернення до юрисдикційних органів. Кредитор має право самостійно отримати відшкодування завданих йому збитків, стягнення неустойки у разі порушення боржником договору безпосередньо шляхом вирахування необхідних сум за рахунок гарантійного платежу.

Також предметом притримання не можуть гроші, а майновим забезпеченням за гарантійним платежем виступає виключно грошова сума розмір якої встановлюється домовленістю сторін [152, с. 274].

Відтак, дослідження правової природи гарантійного платежу як речового непойменованого виду забезпечення виконання зобов'язання дозволяє зробити висновок, що його імплементація в ЦК України є своєчасною [145, с. 227]. Необхідно показати переваги гарантійного платежу порівняно з іншими способами забезпечення, враховуючи зарубіжний досвід його застосування.

3.2. Забезпечувальна купівля-продаж під умовою

Питання правочинів у яких правові наслідки залежать від настання певних обставин регулює ст. 212 ЦК України, яка надає можливість обумовити правочин відкладальною або скасувальною обставинами.

Так, особи, які вчиняють правочин, мають можливість *настання* або зміну прав та обов'язків між ними, обумовити обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (відкладальна обставина) (ч. 1 ст. 212 ЦК України); або обумовити *припинення* прав та обов'язків такою обставиною

(скасувальна обставина) (ч. 2 ст. 212 ЦК України).

Відтак, залежно від характеру обставини умовні правочини можуть бути двох видів: з відкладальними, або суспензивними (від лат. *suspensus* – завислий, затриманий), та скасувальними, або резолютивними (від лат. *resolutivus* – остаточний) обставинами. Правочином з відкладальною умовою є, наприклад, домовленість осіб здійснювати певну діяльність і отримувати визначену винагороду за умов, якщо вони отримають грант. Правочином зі скасувальною умовою є, наприклад, договір оренди житла, укладений до повернення родини з вимушеної еміграції [173, с. 228].

Правова природа умовних правочинів дає можливість поглянути на них як на такі, що можуть використовуватися не тільки як основні договори, а й виступати забезпечувальними конструкціями.

В юридичній літературі висловлюються думки щодо можливості правочинів з відкладальною умовою виступати в якості способів забезпечення виконання зобов'язань. Так, М. С. Мазур, вказавши, що певні способи забезпечення виконання зобов'язання сторони можуть встановити самі в договорі, називає як такі правочини, укладені під відкладальною умовою, внесення певної грошової суми в депозит третьої особи та ін. [174, с. 198].

Р. А. Лідовець теж зазначає, що для забезпечення виконання зобов'язання може застосовуватися конструкція договору купівлі-продажу з відкладальною умовою і такий спосіб забезпечення виконання зобов'язання є протилежним за змістом притриманню [175, с. 4].

Своєю чергою С. І. Шимон вказує на договори під відкладальною умовою як непоіменованій вид забезпечення виконання зобов'язання.

Відносить договір купівлі-продажу під відкладальною умовою до майнових (речових) непоіменованих видів забезпечення виконання зобов'язання й І. Й. Пучковська. Вона зазначає, що в цьому випадку конкретною умовою, яка відіграє роль каталізатора у переході права власності від боржника до кредитора є невиконання боржником основного (забезпеченого) зобов'язання [20, с. 341]. Як наслідок настання відкладальної

умови (порушення основного зобов'язання) сума неповернутого боргу розглядається як покупна ціна за річ, передану в якості забезпечення.

Як видається, для досягнення забезпечувальної мети застосовується конструкція договору купівлі-продажу під умовою, що передбачає перехід права власності на річ у разі порушення боржником забезпеченого (основного) договору. Щоб утвердити таку можливість договору купівлі-продажу з умовою виступати видом забезпечення виконання зобов'язань, варто розглянути окремі особливості його вчинення.

Перше, що необхідно з'ясувати при дослідженні питання віднесення умовних правочинів до тих, які можуть бути використані як забезпечувальні конструкції, це: «Чи можна визнавати умовою дії боржника?».

Як справедливо вказують І. В. Спасибо-Фатєєва та В. І. Крат, умовним є правочин, в якому виникнення, зміна або припинення цивільних прав та обов'язків залежить від настання або ненастання певних обставин, щодо яких невідомо, настануть вони чи ні. Цими обставинами можуть бути різні *події або дії* як з боку сторін правочину, так і третіх осіб. При цьому обставини, передбачені правочином, є випадковими, і на момент вчинення правочину невідомо, чи вони настануть.

Тож науковці вказують, що умовні правочини породжують правові наслідки залежно від обставин, які передбачені в цьому правочині та завжди належать до майбутнього; є можливими; не мають неминуче настати. Умовні правочини відрізняються від строкових тим, що строк завжди настане, бо його плин не залежить від будь-чиєї волі, а умова невідомо, чи настане, *але це може як залежати від волі сторони правочину, так і не залежати від неї* [176, с. 227].

Аналіз ст. 212 ЦК України стосовно перспективи визначення допустимості використання події або дії як умови свідчить, що стрижневу роль відіграє невизначеність її настання. Саме ця обставина дозволяє суб'єктам надати мотиву значення умови. Наявність визначеності щодо настання або не настання в майбутньому обставини позбавляє норму про умовні правочини

будь-якого практичного сенсу.

Своєю чергою І. Й Пучковська, досліджуючи це питання, звертає увагу і на те, що діючі норми цивільного законодавства теж передбачають використання дій зобов'язаної особи як відкладальної чи скасувальної умови. Зокрема, ч. 1 ст. 697 ЦК України зазначає, що право власності на переданий покупцеві товар зберігається за продавцем до оплати товару або настання інших обставин; ч. 2 ст. 770 ЦК України робить можливим встановлення в договорі найму положення, що у разі відчуження наймодавцем речі договір найму припиняється [20, с. 344].

Відтак, вбачається, що дії боржника за договором забезпечувальної купівлі-продажу під умовою можуть виступати умовою за такими договорами. Це пов'язано з тим, що на момент виникнення зобов'язання учасникам договірному правовідношенню невідомо чи настане невиконання основного зобов'язання.

Наступним важливим питанням є відмежування купівлі-продажу під умовою як самотійного договору та договору купівлі-продажу під умовою як забезпечувальної конструкції.

Р. А. Лідовець, досліджуючи правові категорії, які можуть виступати непоіменованими видами забезпечення виконання зобов'язання вказує, що саме конструкція змішаного договору дозволяє використовувати деякі способи забезпечення виконання зобов'язань не передбачені законом. Серед останніх дослідник називає «зворотний» договір купівлі-продажу і договір купівлі-продажу із відкладальною умовою.

Зміст «зворотного» договору купівлі-продажу автор вбачає у тому, що банк купує у продавця (фактичного позичальника) певне майно й одночасно зобов'язується продати останньому це ж майно через певний час за певну ціну. Як вказує Р. А. Лідовець, юридично цей договір є сукупністю двох договорів купівлі-продажу, які, як правило, оформляються у вигляді єдиного документа. Різняться ці договори тільки ціною (ціна договору зворотного продажу вища) і строками виконання (перший договір виконується безпосередньо після

укладення, а другий – через визначений термін) [175, с. 8].

Зміст правової конструкції договору *зворотного продажу майна з відкладальною умовою* Р. А. Лідовець характеризує через одночасне укладення таких договорів: 1) кредитного договору; 2) договору купівлі-продажу майна; 3) договору (попереднього договору) «зворотного» продажу майна з відкладальною умовою, а нею є факт повернення позичальником банківського кредиту з відсотками у встановлений строк [175, с. 8].

Вбачається, що в першому випадку вчений розглядає конструкцію зворотної купівлі-продажу, яка притаманна договорам репо. У другому ж випадку, йдеться про перехід права власності до кредитора та «зворотній» перехід права власності, що зумовлений продажем майна з відкладальною умовою (виконанням основного зобов'язання боржником). В обох випадках вчений пов'язує забезпечення виконання зобов'язання за допомогою переходу права власності до кредитора за основним зобов'язанням. Проте на нашу думку, на забезпечувальну купівлю-продаж необхідно дивитися під іншим кутом.

Так, договір купівлі-продажу під умовою сам по собі є основним договором, який полягає у тому, що перехід права власності може відбутися в зв'язку з настанням певної обставини (дії чи події), про яку невідомо настане вона чи ні. Наприклад, обумовлення укладення договору купівлі-продажу скасувальною обставиною (закінчення воєнного стану) або ж відкладальною (якщо продавець переїде у інше місто). Такі договори самі по собі ніяк не можна визнавати видами забезпечення виконання зобов'язання, адже вони укладаються не з метою створення забезпечувального джерела у вигляді певного майна чи обов'язку третьої особи перед кредитором, за рахунок якого останній може отримати виконання у разі порушення боржником основного договору. І, відповідно, з цієї причини вони не є акцесорними; не пов'язані із існуванням певного (основного) зобов'язання. Це договори самостійні.

У разі ж застосування договору купівлі-продажу під умовою для створення забезпечувального джерела на випадок захисту прав кредитора за

основним зобов'язанням така конструкція буде забезпечувальною. Отже, купівля-продаж під умовою може набути забезпечувальну ознаку, якщо передачу права власності за таким договором обумовити відкладальною обставиною у вигляді невиконання боржником основного договору (наприклад, позики). В цьому випадку відносини виглядатимуть таким чином: основним договором виступає договір позики, а акцесорним – договір забезпечувальної купівлі-продажу під відкладальною умовою. Відповідно, якщо боржник не виконає свій обов'язок за основним зобов'язанням (повернути позику), то до позикодавця-кредитора як покупця за договором купівлі-продажу під відкладальною умовою перейде право власності на визначене майно. Останнє в цій забезпечувальній конструкції і виступає забезпечувальним джерелом, що й характеризує речові способи забезпечення виконання зобов'язань.

Такий договір купівлі-продажу під умовою є забезпечувальним і може розглядатися як речовий непоіменований спосіб забезпечення. Що ж стосується «зворотної» купівлі-продажу, то вбачається, що такі відносини обумовлюються договорами репо, предметом яких, можуть виступати не тільки цінні папери, а й інше майно. Відтак порівнюючи договір репо та забезпечувальну купівлю-продаж під умовою варто звернути увагу на момент переходу до кредитора права власності на майно, що виступає забезпечувальним джерелом.

Обидва договори представляють собою непоіменовані речові види забезпечення. Проте за договорами репо, або ж договорами про зворотню купівлю-продаж, право власності переходить до кредитора за основним зобов'язанням до настання факту невиконання зобов'язання. У разі ж невиконання зобов'язання кредитор залишає майно, яке було передано йому на праві власності собі назавжди або ж реалізує останнє (розпорядився як власник), захищаючи в такий спосіб свої порушені права. Конструкція ж забезпечувальної купівлі-продажу під умовою працює іншим чином: право власності переходить до кредитора за основним договором у випадку настання

відкладальної обставини – факту невиконання боржником основного зобов'язання. В цьому й вбачається різниця між договорами зворотної купівлі-продажу та забезпечувальної купівлі-продажу під відкладальною умовою.

Слід зазначити, що грошову суму, яку отримує позичальник за договором позики (як правило, в розмірі вартості відчужуваної речі), неприпустимо вважати попередньою оплатою, переданою покупцем (позикодавцем) за договором забезпечувальної купівлі-продажу. Продаж речі в цій забезпечувальній конструкції повністю залежить від настання відкладальної умови – невиконання основного зобов'язання. І в момент передачі грошей позикодавцем (покупцем) немає жодних підстав для зміни власника речі за договором забезпечувальної купівлі-продажу, адже останній відіграє лише роль забезпечувального джерела, яке може бути задіяне кредитором тільки у разі порушення зобов'язання [20, с. 342]. На час укладення договору забезпечувальної купівлі-продажу волевиявлення сторін спрямоване на отримання позичальником (продавцем) грошей на умовах повернення, а не сплати позикодавцем як покупцем покупної ціни. Якщо відбувається своєчасне повернення суми позики, то права кредитора за забезпечувальною купівлею-продажем взагалі не реалізуються. У разі ж несправності боржника позикодавець як покупець має право на передачу йому у власність позичальником-продавцем «купленої» речі.

Як слушно зазначає І. Й. Пучковська, важливою особливістю цього способу забезпечення є саме те, що позикодавець принципово згоден отримати взамін повернення позичених грошей право власності на зазначену в договорі купівлі-продажу річ. Тобто забезпечувальним джерелом стає річ, перехід права власності на яку здатний задовольнити кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання [20, с. 342].

Забезпечувальна купівля-продаж як непойменований речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання викликає певні питання з огляду на склад забезпечувального джерела, зокрема якщо останнє складає нерухоме майно, оскільки перехід права власності на нерухоме майно потребує

державної реєстрації.

Відповідно при укладенні договору забезпечувальної купівлі-продажу під відкладальною умовою перехід права власності відбувається тільки у випадку неналежного виконання боржником основного зобов'язання, а тому на момент укладення цього договору не вимагається державної реєстрації права власності за кредитором як іншим власником нерухомого майна, оскільки немає підстави для переходу до нього права власності – порушення основного договору як відкладальна обставина ще не має місця. Останнє є перевагою цього виду забезпечення порівняно з купівлею-продажем зі зворотним викупом, де сторони реєструють право власності за новим власником (кредитором) на нерухоме майно на момент укладення договору, а у випадку ж належного виконання зобов'язання покупець (за першою частиною договору купівлі-продажу зі зворотним викупом) повинен буде здійснити зворотній продаж. Відповідно, забезпечуючи основний договір купівлею-продажем під відкладальною умовою, у сторін не виникає обов'язку вчиняти додаткові дії, пов'язані з переходом права власності, а такий перехід у разі добросовісного виконання обов'язку боржника за основним договором взагалі не буде мати місця.

Водночас цей вид забезпечення виконання є більш ризиковим, адже кредитор за основним договором не має впливу на боржника в частині заборони розпорядження предметом купівлі-продажу під умовою. З огляду на останнє пропонується передбачити в Законі України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» заборону відчуження на об'єкт нерухомого майна за договором забезпечувальної купівлі-продажу під умовою як обтяження права власності позичальника-продавця на користь позикодавця-покупця на строк дії основного зобов'язання (договір позики).

З урахуванням цього забезпечувальна купівля-продаж під умовою як речовий непойменований спосіб забезпечення відповідає практичним потребам учасників договірних відносин, створюючи надійне забезпечувальне

джерело без необхідності передачі права власності на майно до моменту порушення зобов'язання.

3.3. Реалізація невитребуваного майна та забезпечувальне зберігання речей

Значний інтерес для дослідження представляють забезпечувальні конструкції, які передбачають можливість самостійного задоволення вимог кредитора за зобов'язанням у разі його порушення боржником за рахунок речей боржника, що знаходяться у кредитора або третьої особи. Перевагою таких правових механізмів є можливість їх реалізації кредитором в порядку самозахисту. А. О. Покровська наголошує, що сучасне правове регулювання характеризується тенденцією впровадження механізму самостійного захисту прав на якісно новому рівні. У той час як судовий захист був сформований через недовіру держави до громадян, законодавче закріплення можливостей самозахисту в сучасному праві багатьох країн відображає зростання довіри держави до учасників цивільних правовідносин [177, с. 50].

Насамперед нашу увагу привертає забезпечувальне зберігання речей, що досить часто застосовується сторонами договірних відносин на практиці. Водночас необхідно з'ясувати чи забезпечувальне зберігання речей являє собою самостійний непойменований вид забезпечення виконання зобов'язання, чи є складовою інших забезпечувальних конструкцій. Для цього розглянемо характерні особливості забезпечувального зберігання речей та можливість задоволення вимог кредитора шляхом їх реалізації. При цьому за нашого бачення певна забезпечувальна конструкція щоб бути визнаною речовим способом забезпечення виконання зобов'язання має спиратися на забезпечувальне джерело, яким може виступати будь-яке майно, за рахунок якого кредитор у разі порушення зможе захистити свої права шляхом отримання виконання за порушеним боржником зобов'язанням або ж гарантовано отримати належне виконання.

Вбачається, що метою здійснення права самостійного продажу чужої речі є звільнення кредитора від тягара її зберігання. Одержані ж від реалізації речі кошти дозволять кредитору вирахувати належні йому за договором платежі та повернути залишок боржникові.

У ЦК України наводиться багато прикладів самостійного продажу чужої речі стороною договору у зв'язку з необхідністю проведення розрахунків між учасниками договірних відносин. Таким правом, наприклад, законодавець наділяє підрядника щодо предмета договору підряду, коли замовник уникає прийняття виконаної роботи протягом місяця після двох попереджень, якщо договором не передбачено інше (ч. 5 ст. 853 ЦК України).

Відповідно до положень ч. 2 ст. 1026 ЦК України, якщо комісіонер відмовляється від договору комісії, комітент зобов'язаний протягом п'ятнадцяти днів з моменту отримання повідомлення про таку відмову розпорядитися своїм майном, що перебуває у комісіонера. Якщо комітент не виконує цей обов'язок, комісіонер має право або передати це майно на зберігання за рахунок комітента, або реалізувати його за ціною, найбільш вигідною для комітента.

Водночас відповідно до положень ст. 167 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМ) перевізник має право реалізувати вантаж, якщо він не був затребуваний протягом двох місяців після прибуття судна в порт і відправник не здійснив повної оплати за перевезення. При цьому вантаж, що швидко псується, може бути проданий раніше зазначеного терміну. Перевізник зобов'язаний повідомити відправника про продаж вантажу [178].

Залізниця має аналогічне право розпоряджатися вантажем, який неможливо передати одержувачу, якщо відправник не надає відповідних вказівок протягом трьох днів з моменту отримання повідомлення. Також залізниця має право реалізувати доставлений вантаж у випадку, коли він зберігається на станції довше встановленого граничного терміну (п. 48 Статуту залізниць України). Залізниця може продати і багаж, не одержаний

протягом 30 діб від дня його прибуття, або раніше, якщо багаж втрачає свої якості під час зберігання, або, якщо вартість зберігання перевищує вартість самого багажу [179].

Як уже зазначалося, такі дії кредитор вчиняє для звільнення себе від тягара зберігання чужого майна та з метою задоволення за рахунок його реалізації своїх законних вимог за договором, укладеним з боржником.

При цьому на практиці при реалізації кредитором своїх прав виникає ряд труднощів. Розглянемо ст. 968 ЦК України: якщо поклажодавець не забирає свою річ з ломбарду після спливу трьох місяців від дня закінчення строку договору зберігання, ломбард має право продати цю річ у встановленому законом порядку. З отриманої від продажу суми ломбард вираховує плату за зберігання та інші належні йому платежі, а решту коштів повертає поклажодавцеві.

Як справедливо вказує А. П. Місяць, законом не визначено чіткого механізму реалізації предмета, який зберігається в ломбарді: самостійно або через суд чи органи примусового виконання [180, с. 90]. На думку науковця, відповідно до буквального тлумачення змісту норм ЦК України продаж речі, переданої на зберігання, здійснюється ломбардом самостійно. При цьому, аналізуючи відповідну норму, дослідник наголошує, що у випадку передачі майна до ломбарду останній не набуває права власності на це майно, й тому б законодавчий дозвіл на самостійну реалізацію майна, яке не витребуване власником, був би прямим порушенням норм ст. 41 Конституції України [180, с. 89]. Проте видається, що дослідник розглядає лише випадок зберігання ломбардом речі, переданої в заставу.

Аналізуючи чинне законодавство, що стосується ломбардних операцій, зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» ломбард – це фінансова установа, яка на підставі ліцензії на діяльність ломбарду має право надавати фізичним особам *фінансові послуги з надання коштів та банківських металів у кредит у вигляді ломбардних кредитів*. Водночас п. 6 ч. 13 цієї ж статті дозволяє ломбардам,

серед іншого, *надавати послуги із зберігання майна* та здійснювати продаж предмета застави, на який ломбардом звернено стягнення [181].

Відповідно, надання послуг із зберігання майна та звернення стягнення на предмет застави є окремими правами ломбарду, що не залежать один від одного. Саме тому вказівка законодавця на продаж ломбардом речі у порядку, встановленому законом, є лише орієнтиром для встановлення правових механізмів таких дій, залежно від того, які саме правовідносини виникли у ломбарду з клієнтом.

Такої ж думки притримується й А. Г. Донець, зазначаючи, що надання ломбардом послуг зі зберігання речей за окремими від його основної діяльності (надання фінансових послуг) договорами є додатковими в діяльності ломбарду. Що ж стосується зберігання ломбардом тих речей, які передані йому за договорами застави, то обов'язки із забезпечення їх схоронності покладаються на ломбард як на заставодержателя, а регулюватися вони будуть у тому числі й загальними положеннями про зберігання [182, с. 80].

Отже, механізм реалізації майна, яке знаходиться на зберіганні у ломбарді, різниться залежно від укладеного договору. Зокрема, якщо йдеться про відносини позики, які були забезпечені заставою (закладом) майна боржника, то ломбард реалізує таке майно у випадку невиконання позикодавцем основного зобов'язання у вигляді повернення грошей за цим договором. Така реалізація майна відбувається в порядку, передбаченому для звернення стягнення на предмет застави.

На практиці ломбарди, як правило, реалізують майно, виступаючи в ролі посередників, якщо такий порядок реалізації майна передбачено в договорі між ломбардом і заставодавцем. Відповідно може йтися про використання позасудових процедур звернення стягнення на предмет застави, що передбачені Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [59]. Що ж стосується відносин зі зберігання речей поклажодавця за договором зберігання, який не опосередковує акцесорні

зобов'язання ломбарду та поклажодавця, то правило про реалізацію такого предмета зберігання в порядку, передбаченому для застави не застосовується, а інших правил законом не встановлено.

З огляду на останнє А. Г. Донець пропонує щодо визначення порядку проведення реалізації не забраного поклажодавцем майна із ломбарду зазначити у відповідній статті ЦК України, що такий порядок визначається ст. 591 ЦК України «Реалізація предмета застави». В такому разі, на думку дослідника, відпали б питання щодо необхідності звернення ломбарду до суду за відповідним рішенням та інше. При цьому, як правомірно наголошує науковець, при укладені договору зберігання речей у ломбарді сторони за взаємною згодою повинні провести оцінку здаваних речей [182, с. 81]. Такий підхід заслуговує на увагу, оскільки усуває проблему щодо механізму реалізації речі, переданої ломбарду на зберігання не як предмет застави, а як предмет договору зберігання.

Між тим слід вказати, що існують і альтернативні механізми такої реалізації. Зокрема подібні випадки мають місце при зберіганні речей у камерах схову організацій, підприємств транспорту. Так, згідно з ч. 4 ст. 972 ЦК України, строк, протягом якого камера схову повинна зберігати річ, визначається правилами, затвердженими згідно з транспортними кодексами (статутами), або за взаємною згодою сторін. У випадку, якщо особа не забирає свою річ у встановлений строк, камера схову зобов'язана продовжувати її зберігання протягом додаткових трьох місяців. Після закінчення цього періоду річ може бути реалізована відповідно до встановленого законом порядку. І знову ж таки законом у його вузькому розумінні правила реалізації такого майна не встановлені. Водночас п. 4.10 наказу Міністерства транспорту України «Про затвердження Інструкції о експлуатації автоматичних камер схову самообслуговування на залізничних вокзалах та Правил користування автоматичними камерами схову самообслуговування» передбачено, що після 30 діб зберігання незабрані речі, за умови, що всі заходи щодо розшуку їх власника були прийняті, за письмовою згодою пасажирської служби залізниці

пересилаються на склад по реалізації вантажів [183]. А п. 5. Правил реалізації вантажів закріплює, що кошти, отримані залізницею за реалізований іншій організації вантаж, за вирахуванням сум, належних залізниці, перераховуються: одержувачу, зазначеному в накладній, – у разі оплати ним вартості вантажу; відправнику - у всіх інших випадках [184].

Відтак, реалізація майна, переданого до автоматичної камери схову, здійснюється зберігачем без застосування юрисдикційної форми захисту прав. Видається, що застосувавши аналогію закону в широкому розумінні, можливо і ломбарду самотійно реалізовувати майно, яке було передане йому на зберігання. При цьому ломбарду як зберігачеві необхідно дотримуватися наступних умов: 1) поклажодавець не забрав річ у зберігача після спливу трьох місяців від дня закінчення строку договору зберігання; 2) річ, передана на зберігання ломбарду, була оцінена; 3) ломбард із суми виторгу, одержаної від продажу речі, вираховує тільки плату за зберігання та інші платежі, які йому належать; 4) залишок суми виторгу ломбард повертає поклажодавцеві у визначений ним спосіб. Наприклад, доречним буде здійснення такого обов'язку відповідно до положень ч. 1 ст. 537 ЦК України, що регулюють питання виконання зобов'язання внесенням боргу в депозит нотаріуса, нотаріальної контори або на рахунок ескроу.

Ця правова конструкція спирається на забезпечувальне джерело у вигляді певного майна (результат роботи підрядника за договором підряду чи несвоєчасно забрані речі у зберігача), і дозволяє кредитору самотійно його реалізувати зі спливом визначеного законом часу для задоволення своїх вимог за порушеним договором. Останнє, на нашу думку, є достатнім для відокремлення його від притримання (ст.ст. 594–597 ЦК України) як пойменованого речового виду забезпечення виконання зобов'язання, і одночасно визнання реалізації невитребуваного майна непойменованим речовим способом забезпечення виконання зобов'язання.

Реалізація невитребуваного майна – це непойменований речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання, який спирається на таке

забезпечувальне джерело як невитребуване протягом встановленого законом часу майно боржника, за рахунок реалізації якого кредитор: 1) звільняється від тягара володіння річчю; 2) задовольняє свої майнові вимоги до боржника за порушеним зобов'язанням в порядку самозахисту.

Що стосується рахунку ескроу (договір рахунку умовного зберігання), то ця правова конструкція в законодавстві України з'явилася відносно недавно і стала предметом дослідження науковців в тому числі з огляду на можливість використання його в якості нетрадиційного способу забезпечення виконання зобов'язань на кшталт законодавства інших країн. Наприклад, в англосаксонській правовій системі договір ескроу розглядається безпосередньо як спосіб забезпечення виконання зобов'язання [185, с. 109]. У зарубіжних країнах конструкція цього договору є досить розповсюдженою. Наприклад, у Німеччині, США та Великій Британії рахунок умовного зберігання (ескроу) забезпечує виконання правочинів щодо нерухомості, цінних паперів, цінного рухомого майна тощо.

Ескроу – це договірне зобов'язання, основна суть якого полягає у тому, що гроші передаються боржником (депонентом) третій особі (ескроу-агенту), на забезпечення виконання зобов'язань боржника перед кредитором [186, с. 4]. Як вказує Н. Ю. Голубєва, такий рахунок фактично виконує функцію забезпечення виконання основного грошового зобов'язання (не відносячись до засобів, про які йде мова у гл. 49 ЦК України, з огляду на різні свої властивості, але є дуже схожим за призначенням) та розрахункового інструменту одночасно [187, с. 12].

У свою чергу М. М. Великанова також зазначає, що виконуючи роль засобу проведення розрахунків, ескроу виступає і способом забезпечення виконання зобов'язань. При цьому вона пояснює, що хоча ЦК України не містить вказівки на ескроу як вид забезпечення, але ж договором або законом можуть бути встановлені інші способи забезпечення виконання зобов'язання, а це своєю чергою вказує на його подвійну роль [188, с. 271].

Водночас Р. А. Майданік слушно зазначає, що умовне депонування

(ескроу) є фидуціарним забезпечувальним правом, яке виникає на підставі договору ескроу-рахунку, та спрямоване на забезпечення розрахунків за основним договором (при здійсненні платежів через ескроу-рахунок), а також на виконання сторонами відкладальних умов за договором [189, с. 130].

Отже, важливо з'ясувати, чи може договір рахунка умовного зберігання (ескроу) відповідно до поняття, закріпленого у законодавстві України, бути застосований в якості речового непойменованого виду забезпечення виконання зобов'язання. Відповідно до положень ст. 1076-1 ЦК України за договором рахунка умовного зберігання (ескроу) банк зобов'язується приймати та зараховувати на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий клієнту (володільцю рахунка), грошові кошти, отримані від володільця рахунка та/або від третіх осіб, та перераховувати такі кошти особі (особам), вказаній володільцем рахунка (бенефіціару або бенефіціарам), а в разі надання бенефіціаром письмової вказівки банку – особі (особам), вказаній бенефіціаром, якщо це передбачено відповідним договором, або повернути такі кошти володільцю рахунка за настання підстав, передбачених договором рахунка умовного зберігання (ескроу). Таким чином, поняття ескроу (англ. *escrow*) означає депонування (зберігання) у третьої особи майна боржника, яке, при настанні передбачених договором умов, підлягає передачі кредитору. Внаслідок запровадження такої конструкції забезпечуються інтереси і боржника і кредитора, а ризик неотримання зустрічного задоволення значною мірою знижується [190, с. 180].

Інакше кажучи, ескроу являє собою процедуру, під час якої документи, гроші або цінні папери передаються на зберігання незацікавленій третій стороні – ескроу-агенту. В онлайн-середовищі такі ескроу-сервіси застосовуються великими торговельними платформами, зокрема Amazon та AliExpress [191, с. 158].

Як справедливо зазначає Ю. І. Білоус, договір ескроу базується на зобов'язанні, згідно з яким особа, яка має намір продати, обтяжити чи передати в оренду майно іншій особі, довіряє третій стороні зберігати

документи, грошові кошти, свідоцтво про право власності, майно або інші речі до настання конкретної події чи виконання певної умови. Після настання такої події або виконання умови, третя сторона передає ці грошові кошти, документи, свідоцтво про право власності чи майно визначеній у відповідних документах особі. Таке зобов'язання може оформлюватися як самостійний договір про ескроу, так і включатися як положення до інших договорів за погодженням сторін (наприклад, у договори купівлі-продажу акцій, опціонні договори тощо) [185, с. 109].

За договором рахунку умовного зберігання (ескроу) банк виступає як незалежна сторона – ескроу-агент, якому довіряють обидві сторони. Його функція полягає у прийнятті коштів від заявника вимоги на рахунок умовного зберігання і, після настання визначених договором умов, виплаті цих коштів бенефіціарам або іншим особам, зазначеним у письмовій вказівці бенефіціара, якщо це передбачено договором. Договором може передбачатися обов'язок банку перевіряти настання підстав для переказу коштів бенефіціару чи вказаній ним особі або для повернення коштів власнику рахунку. Проте такий обов'язок може бути покладено на банк виключно за договором. Ним же такий обов'язок може бути покладено на будь-яку третю особу [192, с. 41].

Значна кількість дослідників відмовляє договору ескроу вважатися способом забезпечення виконання зобов'язання з огляду на відсутність у нього акцесорного характеру та стимулюючої спрямованості (стимулювати боржника до належного виконання зобов'язання). Останнє, на їх думку, не дозволяє договору ескроу вважатися видом забезпечення. Так, Ю. І. Білоус наголошує на тому, що договір ескроу не створює акцесорного зобов'язання, за рахунок якого має відбутися захист прав кредитора у разі порушення боржником основного зобов'язання. Дослідник зазначає, що, по-перше, договір ескроу – це не акцесорний, а основний договір, у якому беруть участь депонент (володілець рахунку), ескроу-агент та бенефіціар, на користь якого будуть перераховані у майбутньому грошові кошти, внесені володільцем рахунку; по-друге, депонент (володілець рахунку-боржник), фактично вже

виконав своє зобов'язання, передавши для цього грошові кошти на рахунок ескроу-агента, а тому йтися про стимулювання його до належного виконання зобов'язання через установлення певного особливого порядку не може. Зважаючи на це, Ю. І. Білоус доходить висновку, що договір умовного депонування (ескроу) варто розглядати в контексті забезпечувальних заходів, але не способів забезпечення виконання зобов'язань [185, с. 110].

Подібної думки дотримується й Н. М. Процьків, яка вказує на неможливість договору ескроу виступати видом забезпечення виконання зобов'язання у зв'язку з тим, що він не носить акцесорного характеру. Водночас дослідниця зазначає, що цей договір є одним із найефективніших механізмів захисту прав сторін договірної зобов'язання, виконуючи гарантійну функцію, оскільки грошові кошти передаються бенефіціару тільки після настання особливих умов, які чітко визначені в інструкції, наданій банку [191, с. 158–159].

Як вважає А. Н. Ісаєв, рекодифікація цивільного законодавства акцентує увагу на основоположних інститутах цивільного права, одним з яких є право власності [193, с. 120].

У свою чергу Ю. Я. Таргоній зазначає, що оскільки рахунок ескроу відкривається для здійснення розрахунків за основним зобов'язанням, то він не може виступати видом забезпечення виконання зобов'язання [132, с. 36]. К. Ю. Іванова, обґрунтовуючи неакцесорність договору ескроу суб'єктним складом, вказує, що він поєднує три сторони – кредитора, боржника та банк, а якщо б договір ескроу породжував акцесорне зобов'язання, тоді суб'єктний склад був би іншим: договір укладався би безпосередньо між кредитором (бенефіціаром) і банком (ескроу-агентом) [190, с. 180].

На нашу думку, варто погодитись з Ю. Я. Поповичем, який вважає, що конструкція договору ескроу спрямована на гарантування (за рахунок внесених наперед грошових коштів) виконання основного зобов'язання, яке виникає з цивільно-правового договору між кредитором і боржником. Дослідник зазначає, що такий ефект досягається через встановлення

особливого правового режиму для майна, виділеного на спеціальному рахунку умовного зберігання ескроу-агента і переданого боржником для виконання зобов'язання. Такий режим дозволяє захистити інтереси обох сторін основного договору – боржника як клієнта (депонента) та кредитора як бенефіціара [194, с. 206].

Основною ознакою, яка дозволяє визначити певну правову конструкцію непойменованим речовим способом забезпечення виконання зобов'язання, є наявність забезпечувального джерела у вигляді майна, за рахунок якого кредитор може захистити своє право у разі порушення зобов'язання боржником. Забезпечувальне джерело створюється на випадок можливого порушення основного зобов'язання з метою захисту за його рахунок прав кредитора і тому має додатковий, акцесорний характер. Якщо ж таке джерело створюється для гарантування належного виконання зобов'язання боржником, то воно не матиме ознак акцесорності, і відповідно виступати способом забезпечення не буде.

Відтак, дослідження правої природи договору умовного зберігання (ескроу) дозволяє стверджувати, що не дивлячись на його назву, він не відноситься ні до «класичного» договору зберігання, ні до різновиду забезпечення виконання зобов'язання з огляду на його спрямованість не на захист, а на належне виконання зобов'язання.

Безпосередньо пов'язаним із договором зберігання рухомих речей самотійним непойменованим речовим способом забезпечення виконання зобов'язань виступає договір забезпечувального зберігання речей. Цей договір характеризується тим, що вартість переданих на зберігання речей за ринковими цінами має відповідати (або бути більшою) розміру вимоги кредитора за основним зобов'язанням. Кредитором у цьому договорі виступає зберігач. Договір укладається виключно із забезпечувальною метою – задоволення вимог кредитора за рахунок створеного забезпечувального джерела у разі порушення боржником основного зобов'язання. Для цього в договорі встановлюється право кредитора притримати передані на таке

зберігання рухомі речі та звернути на них стягнення на свій розсуд, зокрема залишити назавжди у себе на виконання вимоги або продати будь-якій особі покупцеві.

Аналіз наукової літератури дозволяє дійти висновку, що науковці по різному підходять до найменування цього виду забезпечення. Одні дослідники називають його забезпечувальним зберіганням речей і розглядають серед «інших» способів забезпечення виконання зобов'язань. Зокрема, такої думки дотримується І. Й. Пучковська [2, с. 29]. Інші ж вважають таку забезпечувальну конструкцію різновидом притримання, а саме договірним притриманням – притриманням, встановленим договором.

Т. М. Карнаух вказує, що характерною особливістю притримання є те, що право на його застосування виникає при наявності визначених законом умов і не вимагає укладення окремого договору між сторонами існуючого зобов'язання. Однак, це не виключає можливості для сторін укласти договір про притримання [195, с. 26–27].

С. Ю. Наріжний пропонує положення про право притримання включати до тексту основного договору, що надасть можливість звести до мінімуму збитки кредитора [196, с. 115].

Д. В. Соколянський вказує, що договір про притримання як правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання може бути укладений у будь-який час, з моменту виникнення основного зобов'язання і до припинення права притримання, у письмовій формі (інакше він є нікчемним) [98, с. 14]. Договір про притримання набуває чинності з моменту досягнення сторонами згоди щодо умов стосовно основного зобов'язання та предмету договору, а саме конкретні дії або утримання від визначених дій кредитором та боржником стосовно притриманої речі (речей), яка у майбутньому може бути притримана [98, с. 15].

У договорі про притримання сторони можуть розширити або обмежити підстави для застосування притримання; визначити конкретне майно, що може бути об'єктом притримання; встановити специфічні права та обов'язки сторін,

пов'язані з притриманням; окреслити категорії вимог, які забезпечуються притриманням; запровадити додаткові підстави для виникнення права притримання; визначити термін його дії. Договір також може надавати кредиторі право користуватися утримуваною річчю і встановлювати зобов'язання щодо забезпечення її збереження тощо [197, с. 11].

Очевидно, що домовленість сторін про притримання може мати місце лише за таким договором, який передбачає передачу речей однією стороною договору іншій, зокрема для виконання послуги, роботи. Таким чином, договір зберігання якнайкраще підходить для використання його з метою встановлення права кредитора на притримання майна боржника, тобто із забезпечувальною метою. Саме такі договори і укладаються на практиці.

Зокрема, приклад договору про притримання, що знайшов відбиток у вигляді однієї з умов договору зберігання, міститься в Постанові Верховного Суду від 29.03.2018 р. у справі № 915/214/17. Так, «згідно з пунктом 5.2.2 договору зберігання № 02М/16 зберігач має право утримувати у себе передане на зберігання майно у разі неналежного виконання поклажодавцем обов'язків, передбачених пунктами 4.2.3, 4.2.4, 4.2.5, 4.2.6, 4.2.7 цього договору, до виконання поклажодавцем вказаних обов'язків, а також задовольнити свої вимоги (включаючи суми штрафних санкцій) за рахунок вартості даного майна згідно зі статті 591 ЦК України. Реалізація майна здійснюється зберігачем будь-яким способом, який не заборонений діючим законодавством, за його вибором» [101]. Як бачимо в наведеному прикладі сторони, своєю домовленістю про застосування кредитором права притримання щодо переданих за договором зберігання речей, передбачили можливість реалізації речей зберігачем-кредитором зручним для нього способом, тобто в порядку самозахисту, що безумовно відповідає інтересам сторін при вирішенні питання задоволення вимог кредитора за рахунок забезпечувального джерела.

Отже, сторони можуть домовитися про звернення стягнення на предмет, що був переданий на забезпечувальне зберігання у неюрисдикційному порядку, на випадок порушення прав кредитора за договором.

Наприклад сторони, укладаючи кредитний договір передбачили, що в якості забезпечення повернення отриманого кредиту, позичальник передає банку (кредитодавцю) на зберігання певні цінності, які останній має право притримати на задоволення своєї вимоги при порушенні зобов'язання позичальником. Відповідно в цьому випадку сторони домовляються про забезпечувальне зберігання речей, адже переслідують не мету укладення договору зберігання, а шляхом передачі у володіння кредитора певних цінностей піклуються про виконання іншого (основного кредитного зобов'язання), що має виключно забезпечувальний інтерес.

Випадки укладення забезпечувального договору зберігання досить поширені між підприємцями. Так, із справи, що надійшла до Верховного Суду, вбачається, що за договором зберігання від 16.08.2016 № 02М/16 стосовно спірного майна, яке знаходиться у ДП «НАЕК «Енергоатом» в особі ВП «Атоменергомаш», *«застосовано забезпечення виконання зобов'язань у вигляді зберігання проволочи на території підприємства»* позивача за зустрічним позовом, у зв'язку з неналежним виконанням зобов'язань ПрАТ «Спільне українсько-казахстансько-російське підприємство з виробництва ядерного палива» за контрактом на постачання продукції від 04.08.2015 р. № 05БМ/15/64-143-SD-15-00315. ВП «Атоменергомаш» ДП «НАЕК «Енергоатом» листом № 145/15 повідомив ПрАТ «Спільне українсько-казахстансько-російське підприємство з виробництва ядерного палива» *про притримання проволочи, яка перебуває на зберіганні на території Ремонтно-механічного заводу ВП «Атоменергомаш» згідно з договором зберігання від 16.08.2016 № 02М/16 для забезпечення виконання зобов'язання* ПрАТ «Спільне українсько-казахстансько-російське підприємство з виробництва ядерного палива» за контрактом [101].

Не вбачаючи підстав для розмежування конструкції забезпечувального зберігання речей і конструкції договірної притримання вважаємо, що наведені забезпечувальні конструкції застосовуються в одних і тих же випадках. Вони спираються на таке забезпечувальне джерело як передані за

договором зберігання рухомі речі виключно з метою їх притримання кредитором для задоволення за їх рахунок своїх вимог у разі порушення боржником забезпеченого в такий спосіб зобов'язання. Як показує практика, саме договір зберігання з огляду на обов'язкову передачу речей зберігачеві у володіння є найбільш прилаштованим для реалізації кредитором-зберігачем наданого йому договором зберігання права притримувати передані речі в якості забезпечувального джерела на випадок неналежного виконання основного зобов'язання боржником за договором.

На нашу думку, договір рахунку умовного зберігання (ескроу) не є способом забезпечення виконання зобов'язань адже створене ним забезпечувальне джерело слугує гарантуванню належного виконання зобов'язання, а не захисту прав кредитора у разі його порушення. Натомість реалізація невитребуваного майна та забезпечувальне зберігання речей можуть бути використані в якості непомічених речових способів забезпечення виконання зобов'язань, оскільки створюють забезпечувальне джерело у вигляді майна, за рахунок якого кредитор може захистити свої права у разі порушення зобов'язання в порядку самозахисту.

3.4. Договори репо

На сьогодні українське законодавство містить поодинокі положення про договір репо як самостійний правочин у сфері цивільних чи господарських правовідносин. Так, Закон України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» надає його визначення як договору купівлі-продажу та зворотного продажу-купівлі, предметом якого є річ, визначена родовими ознаками [198].

Постанова Правління НБУ «Про затвердження Положення про застосування Національним банком України стандартних інструментів регулювання ліквідності банківської системи» від 17.09.2015 р. № 615 використовує виключно термін «операція прямого репо», який визначається

як операція між Національним банком та банком, за якої Національний банк купує цінні папери з портфеля банку (перша частина операції репо) з одночасним зобов'язанням банку викупити ці цінні папери (друга частина операції репо) за заздалегідь узгодженою ціною та у визначену дату. Своєю чергою ціна зворотної купівлі (викупу) визначається у Положенні сума коштів, яка сплачується продавцем відповідно до другої частини операції прямого репо на дату зворотної купівлі (викупу) за відповідні цінні папери [199].

Податковий кодекс України містить ще більш детальне визначення операції репо, та навіть, обмежує у часі виконання її частин: «Операція репо – це операція з купівлі (продажу) цінних паперів, яка супроводжується зобов'язанням зворотного їх продажу (купівлі) через визначений строк за попередньо погодженою ціною, що оформлюється єдиним договором репо. Період між датами виконання першої та другої частин операції репо (строк репо) обмежений і не може перевищувати одного року» [200].

У науковій літературі під репо або репортом розуміється правочин, за яким одна особа купує визначену кількість цінних паперів і одночасно продає ці ж папери тій самій особі за вищою ціною. Строк між такою купівлею і продажем зазвичай нетривалий. Покупець у цій операції називається репортером, а продавець – репортованим (*reporte*). Різниця між ціною купівлі та продажу складає винагороду за користування капіталом іншої сторони [201, с. 445]. Такий погляд на правочин репо дозволяє розглянути можливість його використання як способу забезпечення виконання зобов'язання.

Насамперед варто зазначити, що законодавець оперує двома категоріями «договір репо» та «операція репо». Вбачається, що операція репо відбувається в межах укладеного договору репо, а тому є поняттям вузьчим, ніж сам договір репо, та полягає в реалізації двох його складових.

Так, правочин репо фактично складається з двох частин: перша полягає в укладенні договору купівлі-продажу активу за обумовленою між сторонами ціною, а друга у зворотному викупі цього ж активу, проте вже за збільшеною

ставкою. Саме така складна та водночас особлива структура цього правочину породжує серед науковців непоодинокі дискусії щодо його сутності.

Різноманітні підходи до правової природи договору репо можуть бути зведені до п'яти основних.

Перший підхід охоплює ситуації, при яких виконання операції репо досягається шляхом укладення договору купівлі-продажу (договорів купівлі-продажу), під час якого (яких) право власності на цінні папери по черзі переходить від однієї сторони до іншої.

Так, Г. І. Копцюх під договором репо розуміє договір, за яким одна сторона (продавець) зобов'язується у встановлений строк передати у власність іншій стороні (покупцеві) цінні папери, а покупець зобов'язується прийняти цінні папери і сплатити за них певну грошову суму (перша частина договору репо) і за яким покупець зобов'язується у встановлений строк передати такі самі цінні папери (того ж випуску, номіналу) у власність продавця, а продавець зобов'язується прийняти зазначені цінні папери і сплатити за них певну грошову суму (друга частина договору репо) [202 с. 105].

Або ж, як пропонує О. О. Грін, розглядаючи репо як договір зворотної купівлі-продажу, а саме договір купівлі-продажу цінних паперів (іноземної валюти), за яким одна сторона продає іншій стороні зазначений фінансовий актив певної вартості із зобов'язанням зворотного викупу за попередньо обумовленою ціною. Науковець стверджує, що за своєї суттю репо є договором купівлі-продажу з обтяжувальною умовою виконання цього договору у зворотному порядку, а операції репо за своїм змістом можуть розглядатись як змішаний договір з елементами купівлі-продажу і зберігання [203, с. 31].

Такий підхід можна підтримати, проте варто зауважити, що «обтяжуюча умова» є по суті заснованою на довірі сторін, адже саме по собі обтяження не фіксується у відповідних реєстрах чи іншим шляхом. Також, з аналізу розуміння договору репо, закладеного у законодавчих актах України, можна помітити, що законодавець чітко окреслює, що операції репо здійснюються

сторонами на основі єдиного договору купівлі-продажу зі зворотним викупом, водночас самі складові цього договору відірвані одна від одної у часі.

Другий підхід стосується випадків оформлення зобов'язань із вчинення другої частини правочину репо у формі попереднього договору.

Такий підхід до договору репо, хоч на перший погляд і вбачається логічним (сторони домовляються про майбутній викуп проданих з першою частиною репо цінних паперів), проте є практично неможливим, оскільки, як справедливо вказує Р. А. Майданик, договір репо є не реальним, а консенсуальним. Проте, як вбачає науковець, договір репо можна розглядати як форвардний правочин [201, с. 447], хоча чинний Закон України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» містить протилежне положення про те, що договори репо не є деривативними контрактами [198, ч. 2 ст. 33].

Третій – позика під заставу і зворотна купівля-продаж.

Такий підхід підтримують, наприклад, О. В. Оніщенко та В. О. Голуб вказуючи, що репорт покликаний задовольнити потреби боржника у вільних коштах, за рахунок надання йому позики, і цінні папери в такій конструкції передаються «під заставу», оскільки у сторін немає безпосередньої мети продажу майна [204, с. 86]. Водночас такий підхід не можна підтримати з огляду на ряд особливостей договорів репо.

Оскільки під час укладення договору репо відбувається перехід права власності (що пов'язано з правовою природою договорів купівлі-продажу як договорів про передання майна у власність), то і про передання цінних паперів, навіть під «специфічну» заставу йтися не може. Крім того, передання за договором репо цінних паперів фактично не позбавляє покупця можливості володіти, користуватися та розпоряджатися ними, як такими, що перейшли у його власність.

Таким чином, на відміну від застави, за договором репо (його першою частиною) не відбувається обмеження у вигляді розпорядження цінними паперами, а саме обтяження правом вимоги щодо цінних паперів відірване у часі та пов'язане з виконанням другої частини договору репо (у зв'язку з тим,

що продавець за першою частиною репо може вимагати від покупця цінних паперів зворотного їх передання лише після настання визначеного договором моменту у часі). Крім того, оскільки покупець отримує цінні папери у власність, продавець так само набуває право власності на грошові кошти, сплачені за них. Отже, з правової точки зору, відсутні підстави вважати, що кошти просто передаються у тимчасове користування [201, с. 446].

Як справедливо з цього приводу вказує К. М. Пільков, передані за договором репо у власність покупця цінні папери попри встановлення зобов'язання з їх зворотного продажу не є обтяженими таким зобов'язанням. Покупець після переходу до нього права власності на цінні папери має право розпоряджатися ними як власник, також на такі цінні папери може бути звернене стягнення кредиторами покупця [205].

Четвертий – договір репо як різновид забезпечувального права власності (вид забезпечення виконання зобов'язань).

Такий підхід підтримується рядом науковців, серед яких Р. А. Майданик, С. М. Бєрвєно, О. С. Красільнікова та ін. За такого підходу правовий механізм проведення операції репо реалізується через виконання двох послідовних договорів купівлі-продажу, в процесі яких право власності на цінні папери почергово переходить від однієї сторони до іншої. З точки зору юридичної природи, договір репо представляє собою специфічний вид договору про забезпечувальне право власності, за яким боржник передає право власності на цінний папір як забезпечення виконання зустрічного грошового зобов'язання [206, с. 324].

П'ятий – підхід до договору репо як зобов'язання іррегулярної позики.

Такий підхід має дещо схожі риси з попереднім та не заперечує забезпечувальну природу договору, проте пов'язує її з особливими позиковими відносинами. Зокрема, С. М. Бєрвєно зазначає, що угода репо є комплексним зобов'язанням іррегулярної позики, забезпеченої передачею права власності на майно (цінні папери) позичальнику, метою якої є узгоджені цілі обов'язків відповідної зобов'язаної сторони правочину здійснити певні дії

для їх виконання, що сформовані як результат єдності намірів і взаємної спрямованості волі обох сторін на встановлення між ними позикових правовідносин [207, с. 352].

Крім того, науковець разом з Р. А. Майдаником, підтримує думку, що суть операцій репо полягає в тому, що сторона, яка придбала цінні папери в іншої сторони, бере на себе зобов'язання продати назад ті самі або аналогічні придбаним цінні папери у визначений день або на вимогу за ціною, встановленою під час їх купівлі. Ризик невиконання цього зобов'язання забезпечується правом кредитора зберегти цінні папери у своїй власності або реалізувати їх для погашення заборгованості [208, с. 374].

Суди України також підтримують підхід до репо як до виду забезпечення виконання зобов'язання. Доволі цікавою в цьому контексті є Постанова Київського апеляційного господарського суду у справі № 910/23066/15 від 04.04.2017 р., якою визнано, що договір між сторонами хоча й іменувався як «договір репо», проте фактично ним не був, зважаючи на його зміст. Суд зазначив, що договір репо оформлюється як стандартний договір купівлі-продажу цінних паперів, у якому продавець погоджується викупити їх назад через певний проміжок часу за попередньо узгодженою ціною. Ця операція з цінними паперами складається з двох частин:

- пряме репо (перша частина такої угоди) – передбачає придбання або відчуження облігацій чи інших цінних паперів одним контрагентом в іншого з чітким зобов'язанням продавця викупити ці самі цінні папери у встановлений строк за іншою ціною;

- зворотне репо (друга частина такої угоди) – є дзеркальним відображенням прямого репо, але з позиції контрагента, який купує цінні папери в першій частині операції, тобто придбання цінних паперів із зобов'язанням продати ці папери у визначений момент у майбутньому за вказаною в договорі ціною.

Таким чином, метою операції репо є строкове надання кредитних фінансових коштів за плату, при цьому цінні папери використовуються як

забезпечення.

Кредитор, який використовує операції репо, стає власником цінних паперів. Тому, якщо позичальник відмовляється викупити цінні папери, кредитор, будучи власником, вправі продати їх за ринковою вартістю без додаткових погоджень з боржником і за рахунок отриманих коштів покрити свої витрати. Як вбачається з умов Договору репо у цій справі, його сторони визначили, що право власності на цінні папери, зазначені в п. 1. 6. Договору репо, не переходить від клієнта до банку протягом всього строку дії Договору репо. Оскільки набуття права власності на предмет продажу є основною характеристикою угоди купівлі-продажу, то за умови, коли цінні папери не відчужуються на користь банку, спірний Договір не можна визнати таким, що регулює операцію репо. Як вбачається з укладеного між позивачем та відповідачем договору, він за своєю правовою природою є змішаним договором. Отже, в даному випадку визначення сторонами назви спірного договору, як договору репо, не змінює його суті [209].

Підхід до договору репо як непоміченого виду забезпечення виконання зобов'язання, в якому забезпечувальним джерелом виступає актив, який передається у власність за договором купівлі-продажу, вбачається найбільш виправданим та логічним з огляду на його правову природу. Він має ряд переваг порівняно з подібними до нього видами забезпечення виконання зобов'язання (застави чи права довірчої власності).

Договори репо дозволяють зменшити кредитні ризики, оскільки можуть служити альтернативою кредитування в умовах різко скороченого обсягу надання банками кредитних ресурсів. Також операція репо дозволяє запобігти виникненню певних ризиків, тому що кредитор (покупець майна) стає не заставоутримувачем, а повноправним власником такого майна, тому при відмові «боржника» його викупити має змогу продати його за ринковою ціною без додаткових погоджень із боржником і покрити з отриманих коштів свої витрати. До того ж за допомогою угод репо, кредит можуть отримати «боржники», що не відповідають традиційним вимогам банків через

кредитоспроможність або мають коротку кредитну історію [210].

Предметом операцій репо є широкий спектр високоліквідних цінних паперів, що мають офіційні котирування на фондових біржах, серед яких: державні цінні папери; цінні папери з державною гарантією; першокласні комерційні векселі; акції та облігації великих промислових компаній і банків, що котируються на біржі; депозитні сертифікати [201, с. 450].

У США також активно використовуються договори репо. Відповідно до законодавства США будь-який актив може бути використаний як базовий цінний папір в угоді репо, але на практиці цінні папери уряду США та федеральних агентств використовуються більш широко через їх ліквідність, низький ризик і активний ринок. Іншими активами, які можна використовувати, є інструменти грошового ринку, такі як депозитні сертифікати, банківські акцепти, комерційні папери та позики комерційних банків або іпотечні цінні папери. Використання комбінації різних цінних паперів в угодах репо також є поширеним явищем [211].

Цікавою для нашого дослідження є ст. 28 Закону України «Про іпотеку» [67], яка серед способів використання заставної в цілях рефінансування передбачає, серед іншого, як продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція репо), так і передачу заставної у заставу для забезпечення виконання зобов'язань перед іншими кредиторами. У ст. 29 цього Закону вказується, що продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу є договором, згідно з яким будь-яка особа-кредитор зобов'язується сплатити іпотекодержателю (власнику заставної) грошові кошти, а іпотекодержатель (власник заставної) зобов'язується передати заставну цьому кредитору і викупити її за погодженою сторонами ціною у визначений строк у майбутньому, але не пізніше строку повного виконання основного зобов'язання боржником. Продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу здійснюється шляхом вчинення індосаменту, в якому встановлюється строк зворотного викупу заставної. Іпотекодержатель (власник заставної) і кредитор можуть укласти договір, який встановлюватиме інші умови продажу

заставної із зобов'язанням зворотного викупу. Зокрема, договором може бути встановлений обов'язок іпотекодержателя (власника заставної) викупити заставну до вказаного в індосаменті строку у разі настання визначених договором обставин [67]. А ст. 30 Закону передбачає, що заставна може бути передана у заставу для забезпечення виконання зобов'язань її власника перед кредитором. Оформлення застави заставної відбувається шляхом вчинення індосаменту, в якому вказується, що заставна передається виключно у заставу, та конкретизується зобов'язанням, яке забезпечується цією заставою. При заставі заставна передається у володіння заставодержателю [67]. Такі положення законодавства ще раз підтверджують, що угода репо не виступає різновидом застави та принципово відрізняється від неї як порядком укладення, так і механізмом реалізації.

Сьогодні законодавство в Україні регулює тільки порядок укладення та виконання договорів репо, що стосуються операцій між Національним банком і банком з купівлі Національним банком цінних паперів з портфеля банку.

Водночас, як влучно вказують С. М. Бервено та Р. А. Майданик, не лише на ринку цінних паперів, але й на товарному ринку набули поширення договори продажу із зобов'язанням (правом) зворотного викупу переданого майна за заздалегідь визначеною ціною та у встановлений строк. Така комбінація угод зазвичай використовується як альтернативний спосіб забезпечення виконання зобов'язання, при якому кредитор прагне отримати право власності на майно боржника до моменту виконання ним взятих зобов'язань. Угоди продажу із зобов'язанням (правом) зворотного викупу часто надають кредитору значно надійніші гарантії виконання контрагентом договірних зобов'язань порівняно з іншими видами забезпечення (заставою, неустойкою, порукою тощо). Зокрема, якщо контрагент не виконує або неналежно виконує умови договору, кредитор не зобов'язаний дотримуватися тривалих процедур, необхідних при зверненні стягнення на заставлене майно, не мусить «чекати своєї черги» при нестачі грошових коштів у боржника чи його поручителя та інших формальностей, які здебільшого суперечать

інтересам потерпілої сторони [208, с. 374].

Такі договори за своєю суттю теж є договорами репо, або ж *repurchase agreement* (RP) чи *sales and repurchase operation* (REPO), оскільки їх центральною ознакою є не те, що вони укладаються виключно щодо цінних паперів, а те, що вони являють собою домовленість про купівлю-продаж зі зворотним викупом. Саме тому, варто підтримати думку про можливість укладення договорів репо не тільки щодо цінних паперів, а і щодо інших активів (рухомого та нерухомого майна тощо).

З огляду на це цікавою є позиція, висловлена О. В. Трофімовою, яка серед видів забезпечення виконання зобов'язань, що на практиці застосовуються щодо лізингових операцій, називає, серед іншого, договір про зворотний викуп предмета лізингу, укладений із продавцем [212, с. 146]. Н. Ф. Ментух з цього приводу зазначає, що на відміну від договору про викуп предмета лізингу лізингоодержувачем після завершення строку дії договору лізингу, постачальники обладнання, визнаючи значні перспективи лізингу для розвитку торгівлі, пропонують лізингодавцям застосування механізму зворотного викупу (*buy-back*). На переконання дослідниці, цей договір є досить дієвим інструментом захисту майнових інтересів лізингодавця. Згідно з цим договором продавець (постачальник) зобов'язується викупити предмет лізингу у лізингодавця після його вилучення у лізингоодержувача в разі порушення останнім умов договору лізингу. Договір про зворотний викуп дає можливість постачальнику здійснити повторний продаж цього обладнання. Після реалізації обладнання постачальник виплачує лізингодавцю кошти, отримані від продажу за вирахуванням витрат на транспортування, зберігання, демонтаж та комісійної винагороди постачальника за повторну реалізацію. Сторони мають право передбачити альтернативні методи визначення вартості майна, що викупується, та розробити механізм розрахунків [213, с. 98].

Зважаючи на певну схожість, на перший погляд, договору репо як договору про зворотну купівлю-продаж та договору про зворотній викуп

предмета лізингу варто зробити ряд застережень. Ці договори мають дещо відмінну правову природу. Якщо за договором репо у покупця (за першою частиною репо) є забезпечувальне джерело у вигляді активу (майна), що був переданий та яким він може вільно розпорядитися на випадок невиконання зобов'язання зворотного викупу, то забезпечувальним джерелом у випадку договору про зворотній викуп предмета лізингу є право вимоги до постачальника про викуп предмета лізингу у лізингодавця та отримання коштів від продажу за відрахуванням витрат на транспортування, зберігання, демонтаж та комісії постачальника за повторну реалізацію. Відтак, договір репо є майновим видом забезпечення виконання зобов'язання, тоді як договір про зворотній викуп предмета лізингу видається особистим видом забезпечення.

Попри низку переваг договору репо як виду забезпечення виконання зобов'язання, головною з яких є перехід права власності, ця ж перевага є водночас й істотним недоліком для його реалізації на практиці. Суттєві ризики при застосуванні цього виду забезпечення виконання зобов'язання не дозволяють йому стати популярним серед учасників цивільних та господарських відносин. Це пов'язано з тим, що покупець, стаючи власником певного активу, до моменту його зворотного викупу може розпорядитися ними всупереч договору купівлі-продажу (навіть якщо ним було передбачено певне обтяження) й продати предмет договору третій особі, який фактично стане добросовісним покупцем. У свою чергою це призведе до неможливості вимагати від нього повернення майна в натурі.

Крім того, стосовно нерухомого майна як активу за договором репо не можна обійти увагою той факт, що розрив у часі між реєстрацією договорів «прямой» і «зворотної» реалізації нерухомого майна фактично означає залежність виконання попередніх домовленостей від доброї волі однієї із сторін і є свідченням прояву особливої довіри з боку іншої особи, що зовсім не завжди гарантує захист інтересів цієї сторони як фідучіанта [206, с. 327].

Навіть сам законодавець відносить «класичний» договір репо до

договорів з високим ступенем ризику. Так, Інструкцією про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженою постановою НБУ від 28.08.2001 р. № 368, встановлено, що до активних операцій, які пов'язані з кредитним ризиком, належать операції банку, що передбачають надання клієнтам залучених коштів у тимчасове користування, серед іншого, операції репо [214].

Отже, достатньо ризиковий характер договору репо як речового непоіменованого виду забезпечення виконання зобов'язання сьогодні не сприяє його безпечному використанню на практиці. Цей забезпечувальний інструмент вимагає подальшого правового вдосконалення, що має передувати закріпленню його серед інших способів забезпечення в ЦК України.

Висновки до розділу 3

1. Непойменовані речові способи забезпечення на кшталт поійменованих (застава, довірча власність, притримання) передбачають встановлення забезпечувального джерела у вигляді певного майна, яке встановлюється в інтересах кредитора на випадок можливого порушення боржником забезпеченого зобов'язання з метою стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання та захисту кредитора у разі його порушення.

2. Непойменовані речові способи забезпечення виконання зобов'язань як «інші» забезпечення (ч. 2 ст. 546 ЦК України) можуть встановлюватися законом або договором, надаючи кредитору забезпечувальне джерело для задоволення своїх вимог за порушенням зобов'язанням.

3. Згідно вимог ст. 547 ЦК України правочин про встановлення забезпечення під загрозою його нікчемності має вчинятися в письмовій формі. При встановленні речового непоіменованого забезпечення це може бути договір про передання боржником кредитору гарантійного платежу, про забезпечувальне зберігання речей, договір репо тощо. Можливо також, що домовленість сторін про встановлення речового забезпечення буде міститися

як умова основного договору, зокрема договору оренди чи позики.

4. Непойменовані речові способи забезпечення приваблюють учасників цивільних відносин тим, що вони надають кредитору можливість самостійно (тобто не звертаючись до юрисдикційних органів) задовольнити свою вимогу в зв'язку із порушенням зобов'язання боржником.

5. Гарантійний платіж існує виключно в грошовій формі, адже інший підхід унеможлиблює оперативний захист прав за допомогою такого виду забезпечення.

6. За рахунок гарантійного платежу з'являється можливість задовольнити вимогу щодо відшкодування збитків, сплати неустойки, а також зарахувати його в рахунок виконання основного зобов'язання, якщо потреба в його використанні із забезпечувальною метою відпадає.

7. Необхідно встановити максимальні розміри гарантійного платежу для неможливості зловживання своїм правом кредитором залежно від виду відносин, що будуть забезпечуватися гарантійним платежем. Пропонуємо не обмежувати можливість застосування гарантійного платежу тільки орендними відносинами, хоча на практиці саме для забезпечення останніх гарантійний платіж встановлюється найчастіше.

8. Підтримуючи підхід щодо можливості забезпечення виконання попереднього договору гарантійним платежем, наголошуємо на встановленні останнього з метою забезпечення виконання обов'язку щодо сплати неустойки та відшкодуванню збитків, завданих контрагенту ухиленням від укладення договору.

9. Вважаємо, що основною функцією гарантійного платежу є компенсаційна як різновид захисної функції. Також він виконує й штрафну функцію, коли виступає забезпечувальним джерелом для задоволення вимог щодо сплати штрафної неустойки. Гарантійним платежем може виконуватися й платіжна функція, якщо необхідність його використання як виду забезпечення відпадає. Зокрема, при закінченні строку договору грошова сума, що виступала гарантійним платежем, може бути зарахована в рахунок

належних з боржника платежів, наприклад, як плата за користування річчю за останній місяць договору оренди.

10. У ЦК України при введенні гарантійного платежу як пойменованого речового способу забезпечення варто передбачити можливість нарахування відсотків на користь боржника за користування кредитором гарантійним платежем як чужими грошовими коштами. Ці відсотки кредитор має сплачувати боржникові в разі повернення останньому гарантійного платежу у зв'язку з належним виконанням зобов'язання. Водночас боржник має бути позбавлений права на отримання відсотків у разі порушення ним зобов'язання.

11. Сам по собі договір купівлі-продажу під відкладальною умовою не є забезпечувальною конструкцією. Він набуває такого значення тільки у випадку, якщо використовується із забезпечувальною метою – для створення забезпечувального джерела на випадок можливого порушення боржником забезпеченого в такий спосіб зобов'язання за основним договором.

12. У договорах купівлі-продажу під відкладальною умовою право власності до кредитора переходить тільки у випадку невиконання зобов'язання боржником за основним договором.

13. Слід розрізняти договори зворотної купівлі-продажу та договори купівлі-продажу під відкладальною умовою. Попри те, що обидві правові конструкції можуть виступати речовими видами забезпечення виконання зобов'язання, вони є різними. Так, у договорах купівлі-продажу зі зворотним викупом право власності переходить до покупця (за першою частиною договору купівлі-продажу зі зворотним викупом) до моменту неналежного виконання зобов'язання. Відповідно, якщо продавець (за першою частиною договору купівлі-продажу зі зворотним викупом) виконає зобов'язання з повернення коштів, що були отримані з купівлі-продажу (з відповідними відсотками), належно, відбудеться зворотна купівля-продаж. Якщо ж зобов'язання не буде виконано, предмет зворотної купівлі-продажу залишається в покупця (за першою частиною договору купівлі-продажу зі зворотним викупом) для задоволення його вимоги у зв'язку з порушенням

боржником зобов'язання.

14. Пропонуємо внести зміни до Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в частині заборони відчуження об'єкта нерухомого майна за договором купівлі-продажу під відкладальною умовою як обтяження права власності на користь кредитора на строк дії основного зобов'язання.

15. Договір рахунку умовного зберігання (ескроу) не є способом забезпечення виконання зобов'язань, оскільки він спрямований на гарантування належного виконання зобов'язання, а не на захист прав кредитора на випадок порушення.

16. Реалізація невитребуваного майна – це непойменований речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання, який спирається на таке забезпечувальне джерело як невитребуване протягом встановленого законом часу майно боржника, за рахунок реалізації якого кредитор: 1) звільняється від тягара володіння річчю; 2) задовольняє свої майнові вимоги до боржника за порушенням зобов'язанням у порядку самозахисту.

17. Забезпечувальне зберігання речей (договірне притримання), як речовий непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язання, характеризується тим, що виникає на підставі попередньої домовленості про передання речі на зберігання в якості забезпечувального джерела, за рахунок якого кредитор при порушенні зобов'язання має право задовольнити свої вимоги в неюрисдикційному порядку. Вбачається, що забезпечувальне джерело, яке передається за договором, повинно «покривати» вимоги за основним договором.

18. Договір репо укладається як договір купівлі-продажу цінних паперів, в якому продавець зобов'язується зворотньо їх викупити через певний строк за раніше обумовленою (більшою) ціною. Така операція з цінними паперами складається з двох частин: 1) пряме репо (перша частина операції), що передбачає купівлю-продаж цінних паперів одним контрагентом в іншого із зобов'язанням продавця викупити ці ж цінні папери у визначений строк за

іншою ціною; 2) зворотне репо (друга частина операції), що визначається як продаж цих цінних паперів продавцю в певний момент у майбутньому за встановленою у договорі ціною. Різниця в ціні становить винагороду за користування чужим капіталом. Таким чином, метою операції репо є строкове надання грошових коштів за плату, при цьому цінні папери використовуються як забезпечення.

19. Порівняно з іншими речовими способами забезпечення, договір репо вигідно відрізняється відсутністю необхідності дотримання кредитором складної процедури звернення стягнення на забезпечувальне джерело.

20. Пропонуємо передбачити можливість укладення договору репо (договору про зворотню купівлю-продаж) як речового непоміченованого способу забезпечення виконання зобов'язання не лише щодо цінних паперів, а й інших активів.

ВИСНОВКИ

У дисертаційній роботі здійснено теоретичне узагальнення та запропоновано нове вирішення наукового завдання, що полягає в комплексній розробці теоретичних і практичних проблем сутності та змісту речових поймаєнованих і непоймаєнованих способів забезпечення виконання зобов'язань. Отримані в процесі дослідження результати мають науково-теоретичну й практичну спрямованість і конкретизуються в таких положеннях:

1. Основними функціями, що виконуються способами забезпечення виконання зобов'язання, виступають стимулююча, що проявляється у впливі на боржника, спонукаючи його виконати зобов'язання належним чином, та захисна. Оскільки забезпечення активно проявляють себе завдяки виконанню захисної функції, що обумовлено їх застосуванням кредитором у разі порушення зобов'язання, то захисна функція забезпечень їх є основною функцією.

2. Основною ознакою способів забезпечення виконання зобов'язань, що надає можливість відмежувати їх від інших способів захисту прав кредитора, які застосовуються у договірних зобов'язаннях, серед інших мір цивільно-правової відповідальності виступає наявність забезпечувального джерела. Таким джерелом, за рахунок якого кредитор отримує виконання за порушенням боржником зобов'язанням у процесі захисту своїх прав, виступає певне майно або зобов'язання третьої особи перед кредитором.

3. Склад забезпечувального джерела (певне майно чи обов'язок третьої особи перед кредитором) є критерієм поділу видів забезпечення виконання зобов'язання на речові та особисті. Застава, довірча власність та притримання захищають порушені права кредитора шляхом звернення стягнення останнім на передане в довірчу власність, заставлене чи притримане майно, й відповідно є речовими забезпеченнями, а порука та гарантія – наданням права кредитору вимагати виконання обов'язку щодо сплати певної грошової суми від поручителя чи гаранта, виступаючи особистими забезпеченнями.

4. Проведений аналіз свідчить, що речові способи забезпечення виконання зобов'язання є більш надійними, ніж особисті, оскільки кредитор отримує задоволення не за рахунок виконання особою свого обов'язку перед ним, а за рахунок певного майна, що не залежить від платоспроможності боржника.

5. Речові способи забезпечення виконання зобов'язання - це встановлені договором, законом або рішенням суду способи захисту цивільних прав учасників договірних відносин, що встановлюються на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання та надають кредиту право у такому випадку отримати задоволення своїх вимог за рахунок певного майна (спеціально призначеного для цього майнового забезпечувального джерела).

6. При реалізації речового способу забезпечення кредитор отримує виконання порушеного боржником зобов'язання завдяки зверненню стягнення на об'єкт довірчої власності, заставлене чи притримуване майно. Тим самим має місце виконання порушеного боржником зобов'язання в натурі завдяки діям самого кредитора, і здійснюється воно виключно в порядку захисту прав кредитора. Реалізація речових видів забезпечення виконання зобов'язань здійснюється кредитором як уповноваженою особою і шляхом самозахисту, і в юрисдикційній формі.

7. Право на реалізацію речового забезпечення завжди належить кредиту за забезпеченим зобов'язанням, представляючи собою право на захист у встановлений цим забезпеченням спосіб на випадок можливого порушення забезпеченого зобов'язання боржником. Відповідно не можливе відступлення прав кредитором за забезпеченням без передання прав вимоги за забезпеченим зобов'язанням.

8. На основі вже існуючих критеріїв класифікації способів забезпечення, а також виявлених під час дослідження, пропонуємо здійснити поділ речових способів забезпечення виконання зобов'язань відповідно до таких критеріїв: *за підставою встановлення*: 1) законні; 2) договірні; 3) на підставі рішення суду; *за видом майна, що створює забезпечувальне джерело*: 1) рухоме майно

(застава рухомого майна, притримання, довірча власність); 2) нерухоме майно (застава нерухомого майна (іпотека), довірча власність) 3) грошові кошти (гарантійний платіж) 4) майнові права (застава майнових прав); *за дією забезпечення*: 1) безпосередньої дії (довірча власність, застава); 2) опосередкованої дії (притримання, реалізація невитребуваного майна); *залежно від способу задоволення вимоги кредитора*: 1) шляхом переходу до кредитора права власності на забезпечувальне майно (застава, довірча власність, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, договір репо); 2) отримання грошової суми від реалізованого об'єкта забезпечення (застава, притримання, довірча власність, реалізація невитребуваного майна); 3) безпосереднє зарахування кредитором грошових коштів (гарантійний платіж); *за нормативною визначеністю*: 1) поійменовані – закріплені в законі в якості способів забезпечення (застава, притримання, довірча власність); 2) непоійменовані – не закріплені законодавчо в якості способів забезпечення (гарантійний платіж, забезпечувальна купівля-продаж під умовою, забезпечувальне зберігання речей, реалізація невитребуваного майна, договори репо).

9. Застава є найбільш поширеним із поійменованих речових способів забезпечення виконання зобов'язання, який може встановлюватися договором, законом, рішенням суду. Застава на підставі договору встановлюється за домовленістю сторін про виділення певного майна як забезпечувального джерела в інтересах кредитора на випадок можливого порушення боржником зобов'язання, забезпеченого заставою. Сутність законної застави полягає в тому, що сам закон визначає забезпечувальне джерело у вигляді певного майна, наділяючи кредитора як заставодержателя правом звернути стягнення на це майно у разі невиконання боржником своїх зобов'язань. Прикладом застави на підставі рішення суду може виступати застава у вигляді накладення судом арешту на майно згідно положень ст. 1057-1 ЦК України. Так суд накладає арешт на заставлене майно, яке забезпечувало виконання кредитного договору до визнання його судом недійсним(або

визнання недійсним договору застави).

10. Визнаючи право застави кредитора-заставодержателя речовим правом вважаємо доцільним розміщення положень про право застави у Книзі третій ЦК України «Право власності та інші речові права» серед інших речових прав на майно. При цьому саму заставу як речовий вид забезпечення необхідно залишити серед переліку інших способів забезпечення (ст. 546 ЦК України), що дозволить показати її призначення як майнового забезпечувального джерела, встановленого для захисту прав кредитора на випадок можливого порушення зобов'язання боржником.

11. Притримання завжди пов'язане з певною річчю, яка на момент виконання зобов'язання правомірно перебуває у володінні кредитора. Це речовий спосіб забезпечення, передбачений законом. Він виділяється своїм безпосереднім походженням від міри оперативного впливу, що обумовлює правовий статус притримання як оперативного виду забезпечення виконання зобов'язання, встановленого законом. Останнє обумовлює розмір забезпечувального джерела цього речового забезпечення, зокрема обмежує його вартістю притримуваної речі.

12. Притримання як законний речовий спосіб забезпечення виконання спрацьовує при порушенні зобов'язання боржником, без необхідності попередньої домовленості між сторонами. Однак, для його реалізації кредитор зобов'язаний повідомити боржника про застосування права притримання.

13. З метою правової визначеності пропонуємо підтримати позицію про внесення змін до ЦК України щодо встановлення обмеження права кредитора притримувати річ боржника строком позовної давності за основним зобов'язанням. Протягом цього строку кредитор зобов'язаний або задовольнити свої вимоги за рахунок притримуваного майна або передати річ боржнику.

14. Майно, передане кредитору-довірчому власнику, представляючи собою забезпечувальне джерело цього речового способу забезпечення, надійно захищає майнові інтереси кредитора в разі порушення боржником

свого обов'язку з повернення грошей за договором позики чи кредитним договором. За рахунок об'єкта довірчої власності довірчий власник може повністю задовольнити свою вимогу, розмір якої визначається на момент фактичного задоволення, включаючи виплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, спричинених порушенням зобов'язання, та необхідні витрати на утримання об'єкта довірчої власності, якщо договором не передбачено інше.

15. З метою усунення суперечностей у чинному законодавстві щодо можливості переходу права власності при встановленні права довірчої власності пропонуємо залишити право власності за довірчим засновником протягом існування режиму довірчої власності, виключивши положення ч. 3 ст. 597-1 ЦК України про припинення права власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність. Такий підхід відповідатиме законодавчим положенням про режим довірчої власності, який встановлений для договорів управління майном (гл. 70 ЦК України). При цьому, хоча довірчий засновник зберігатиме статус власника на період існування режиму довірчої власності можливість здійснення ним своїх повноважень власника на період існування довірчої власності необхідно скасувати.

16. Непойменовані речові способи забезпечення виконання зобов'язань, подібно до поймаєнованих (застава, довірка власність, притримання), передбачають встановлення в інтересах кредитора забезпечувального джерела у вигляді певного майна, за допомогою якого кредитор у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання може задовольнити свої вимоги. Такі способи можуть встановлюватися законом або договором як «інші» забезпечення (ч.2 ст. 546 ЦК України), стимулюючи боржника до належного виконання зобов'язання та захищаючи кредитора у разі його порушення.

17. Гарантійний платіж – це речовий непоймаєнований спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що спирається на грошові кошти, які боржник передає кредитору для створення забезпечувального джерела, що дозволяє останньому без звернення до суду задовольнити свої вимоги у разі

порушення боржником основного зобов'язання (включаючи відшкодування збитків та сплату неустойки). У випадку ж належного виконання зобов'язання боржником гарантійний платіж повертається останньому або зараховується в належні за договором платежі (в рахунок виконання основного зобов'язання).

18. Позитивним кроком у правовому регулюванні гарантійного платежу стане закріплення максимальних розмірів гарантійного платежу з урахуванням особливостей правовідносин, які ним забезпечуються. Вважаємо за доцільне не обмежувати сферу застосування гарантійного платежу лише орендними відносинами.

19. Відзначаючи певні перспективи використання гарантійного платежу як забезпечувального механізму при укладенні попереднього договору, пропонуємо застосовувати його насамперед для гарантування відшкодування збитків та сплати неустойки стороною, яка ухилилася від укладення основного договору, а не для забезпечення самого обов'язку укласти такий договір.

20. У роботі обґрунтовано право боржника на отримання відсотків у разі належного виконання ним забезпеченого гарантійним платежем зобов'язання. Пропонуємо при закріпленні в ЦК України гарантійного платежу як пойменованого речового способу забезпечення зобов'язань передбачити обов'язкове нарахування відсотків на користь боржника за період користування кредитором чужими грошовими коштами (гарантійним платежем) згідно положень ст. 536 ЦК України. Такі відсотки повинні бути виплачені боржнику у випадку повернення йому гарантійного платежу після належного виконання забезпеченого зобов'язання. Право на отримання відсотків втрачається боржником у разі порушення ним забезпеченого зобов'язання.

21. Договір купівлі-продажу під відкладальною умовою набуває значення речового способу забезпечення тільки коли використовується для створення забезпечувального джерела на випадок можливого порушення боржником основного зобов'язання.

22. Необхідно відрізнити договори зворотної купівлі-продажу від

договорів купівлі-продажу під відкладальною умовою. Попри те, що обидві конструкції можуть функціонувати як непойменовані речові способи забезпечення виконання зобов'язань, основна відмінність між ними полягає у моменті переходу права власності на забезпечувальне джерело до кредитора.

23. Пропонуємо внести зміни до Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в частині заборони відчуження об'єкта нерухомого майна за договором купівлі-продажу під відкладальною умовою як обтяження права власності на користь кредитора на строк дії основного зобов'язання.

24. Реалізація невитребуваного майна – це непойменований речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання, який спирається на таке забезпечувальне джерело як невитребуване протягом встановленого законом часу майно боржника, за рахунок реалізації якого кредитор: 1) звільняється від тягара володіння річчю; 2) задовольняє свої майнові вимоги до боржника за порушенням зобов'язанням в порядку самозахисту.

25. Забезпечувальне зберігання речей (договірне притримання) як речовий непойменований спосіб забезпечення полягає у передачі боржником забезпечувального джерела (речей) на зберігання кредитору, за допомогою якого останній може задовольнити свої вимоги у позасудовому порядку у разі порушення боржником зобов'язання. Вартість забезпечувального джерела, переданого за договором, повинна бути достатньою для покриття вимог кредитора за основним зобов'язанням.

26. Договір репо (договір про зворотню купівлю-продаж) це речовий непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язань, який передбачає обов'язок продавця викупити продані цінні папери через визначений період за заздалегідь погодженою (більшою) ціною, що є платою за користування чужими грошовими коштами. У випадку невиконання такого зобов'язання цінні папери залишаються у покупця як забезпечувальне джерело для задоволення вимог у зв'язку з порушенням зобов'язання щодо їх викупу.

27. Проведене дослідження демонструє, що можливим є укладення

договору репо (договору про зворотню купівлю-продаж) як речового непоміченого способу забезпечення виконання зобов'язання не тільки щодо цінних паперів, а й іншого майна, яке виступатиме забезпечувальним джерелом за такими зобов'язаннями.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Покачалова А. Поняття та правова природа забезпечення зобов'язань. *Юридична Україна*. 2010. № 10. С. 82–87.
2. Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2018. 42 с.
3. Підопригора О. А. Римське право : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2003. С. 364.
4. Блажівська О. Є. Історія кодифікацій цивільного законодавства на українських землях (1797–1991 роки): монографія. Кам'янець-Подільський : Рута. 2014. 574 с.
5. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях / уклад. : Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. Київ : Правова єдність, 2009. Т. 1. 1168 с.
6. Енциклопедія історії України : Т. 3: Е-Й / редкол. : В. А. Смолій (голова) та ін. НАН України. Інститут історії України. Київ.: «Наукова думка», 2005. URL: http://www.history.org.ua/?termin=Zvid_misc_zakoniv_zakh_guberniy_ros_imp_1837.
7. Цивільний кодекс Української Соціалістичної Радянської Республіки 1922 р. URL: https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf.
8. Цивільний кодекс України від 18.06.1963 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. № 30. Ст. 463.
9. Пучковська І. Й. Неустойка, порука, гарантія, завдаток, застава та притримання – способи захисту прав кредитора : навч. посіб. Харків : ФІНН, 2013. 144 с.
10. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 720 с.
11. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

12. Пучковська І. Проти подвійної природи неустойки. *Вісник академії правових наук України*. 2011. № 4. С. 105–113.
13. Пучковська І. Щодо неможливості визнання неустойки видом забезпечення виконання зобов'язання. *Підприємництво, господарство і право*. 2011. № 12. С. 37–40.
14. Попов Ю. Забезпечення виконання зобов'язання: прощання з міфом. *Право України*. 2008. № 12. С. 118–125.
15. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 7 : Загальні положення про зобов'язання та договір / О. О. Банасько та ін. ; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, 2012. 734 с.
16. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. 5-те вид., переробл. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2013. Т. 1. 831 с.
17. Ільків О. Забезпечувальні речові права: юридична природа, функції, види. *Political and Legal Studies*. 2022. Vol. 1, issue 3. Р. 101–108.
18. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : монографія. Київ : Юрін- ком Інтер, 2007. 432 с.
19. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
20. Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань : монографія. Харків : Право, 2017. 472 с.
21. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 2 / за наук. ред. д-ра юрид. наук, проф. Р. О. Стефанчука та канд. юрид. наук, доц. М. О. Стефанчука. Київ : Правова Єдність, 2009. 1225 с.
22. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Ausfertigungsdatum: 18.08.1896. URL: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Germany-B%C3%BCrgerliches-Gesetzbuch-1896-de.pdf>.

23. Goode R. M. Legal Problems of Credit and Security. London, 1988. P. 1.
24. Bethel-Jones R. England. Bank Security and Other Credit Enhancement Methods: A Practical Guide On Security Devices Available To Banks in Thirty Countries Around the World. The Hague; London; Boston, 1995. P. 139.
25. Goode R. M. Legal Problems of Credit and Security. London, 1988. 253 p.
26. Goode R. M. Commercial Law. London, 1995. P. 642–646.
27. Uniform Commercial Code (UCC). URL: <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>.
28. Пучковська І. Види забезпечення виконання зобов'язань як способи захисту. *Юридична Україна*. 2011. № 11. С. 26–31.
29. Сюсель І., Єфімов С. Страхування. *Бізнес. Бухгалтерія*. 2004. № 30 (601). С. 58–61.
30. Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Цивільне право України : підручник. Київ : Істина, 2009. 816.
31. Шимон Л. С. Особисті види забезпечення : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2021. 244 с.
32. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Київ : Істина, 2004. 1088 с.
33. Міловська Н. В. Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором страхування. *Приватне право і підприємництво*. 2019. Вип. 19. С. 134–137.
34. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Цивільні правовідносини : навч. посіб. Київ : Істина, 2008. 304 с.
35. Гуйван П. Д. Часова характеристика відносин із забезпечення виконання зобов'язань. *Нове українське право*. 2022. Вип. 2. С. 29–35.
36. Олійник О. С. Теоретико-правові підходи до питання класифікації засобів забезпечення виконання договірних зобов'язань. *Актуальні питання*

публічного та приватного права. 2016. № 3. С. 49–53.

37. Проценко І. О. Види забезпечення належного виконання зобов'язань у цивільному праві України: єдність та диференціація : дис. ... канд. юр. наук. Харків, 2007. 200 с.

38. Кізлова О. С. Питання загальних положень забезпечувальних зобов'язань. *Часопис цивілістики*. 2014. Вип. 16. С. 14–18.

39. Гуйван П. Д. До питання про сутнісні ознаки окремих способів забезпечення виконання зобов'язань. *Актуальні проблеми держави і права*. 2022. Вип. 94. С. 3–9. <https://doi.org/10.32782/apdp.v94.2022.1>.

40. Проценко І. О. Оптимізація системи видів забезпечення виконання зобов'язань. *Право і безпека*. 2006. № 5 (2). С. 119–122.

41. Соколянський Д. В. Нові способи забезпечення виконання зобов'язань у цивільному законодавстві України. *Актуальні проблеми політики*. 2006. Вип. 28. С. 475–480.

42. Цивільне право : підручник : у 2 т. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. 2-ге вид., переробл. та допов. Харків : Право, 2014. Т. 2. 816 с.

43. Бондар І. В. Способи забезпечення виконання зобов'язання у нотаріальному процесі. *Часопис Київського університету права*. 2013. Вип. 2. С. 151–153.

44. Покачалова А. Поняття та правова природа забезпечення зобов'язань. *Юридична Україна*. 2010. № 10. С. 82–87.

45. Яновицька Г. Б., Кучер В. О. та ін. Цивільне право України : підручник : в 2 т. Т. 2 / за ред. Г. Б. Яновицької, В. О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. 428 с.

46. Кудрявцев В. Класифікація способів забезпечення виконання кредитних зобов'язань. *Юридична Україна*. 2016. № 9-10. С. 21–27.

47. Цивільне право України. Частина перша : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти / за ред. проф. Ч. Н. Азімова, доцентів С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. Харків : Право, 2000. 368 с.

48. Бірюков І. А., Заїка Ю. О. Цивільне право України. Загальна частина : навч. посіб. Київ : КНТ, 2006. 480 с.
49. Кізлова О. С. Класифікація цивільно-правових засобів забезпечення зобов'язань у римському приватному праві. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 49. С. 478–484.
50. Наріжний С. Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. 214 с.
51. Кудрявцев В. Відмежування непойменованих способів забезпечення виконання зобов'язань за кредитним договором від інших цивільно-правових конструкцій. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. Вип. 3. С. 31–34.
52. Печений О. П. Реалізація деяких видів забезпечення виконання зобов'язання у русі спадкових правовідносин. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2024. Вип. 84. Ч. 1. С. 364–369. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.84.1.55>.
53. Bedeutung und Möglichkeiten der Kreditsicherung (Sachenrecht 3). URL: <https://www.juracademy.de/sachenrecht3/kreditsicherung.html>.
54. Code civil de la France (Version en vigueur au 09 Février 2025). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/.
55. Aurélien Bamde De la distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles (Novembre 26, 2021). URL: <https://aurelienbamde.com/2021/11/26/de-la-distinction-entre-les-suretes-personnelles-et-les-suretes-reelles/>.
56. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання господарських зобов'язань : Закон України від 02.10.2012 р. № 5405-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/5405-17>.
57. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Вид. дім «АртЕк», 2020. 128 с.
58. Про заставу : Закон України від 02.10.1992 р. № 2654-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12#Text>.

59. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень : Закон України від 18.11.2003 р. № 1255-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1255-15#Text>.
60. Кізлова О. С. Застава в цивільному праві України (концептуальні засади та правова природа) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2011. 38 с.
61. Ільків О. В. Застава як вид забезпечувальних речових прав. *Актуальні проблеми держави і права*. 2021. Вип. 91. С. 69–76. <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i91.3233>.
62. Бондаренко К. С. Особливості використання джерела права при дослідженні теми «Речові види забезпечення виконання зобов'язання». *Джерела в наукових юридичних дослідженнях* : зб. матеріалів доп. учасн. аспірантського круглого столу (м. Харків, 20–21 трав. 2021 р.). Харків, 2021. С. 17–19.
63. Макаренко Г. В. Історія виникнення інституту забезпечення виконання зобов'язань. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 38. С. 216–220.
64. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / уклад. : Ю. В. Білоусов, І. Р. Клаур, С. Д. Гринько та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. Київ : Правова єдність, 2009. 1168 с.
65. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1952-15>.
66. Постанова Верховного Суду від 03.07.2023 р. у справі № 523/8641/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=112058226&red=1000037533be1626d3fece3ac8f2cf78a37d3a&d=5>.
67. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15?find=1&text=%D0%B4%D0%BE%D0%B1%D1%80+#w1_1.
68. Нижний С. В. Застава майнових прав як спосіб забезпечення

виконання зобов'язань : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. 173 с.

69. Ільків О. В. Проблеми регулювання речових прав в цивільному законодавстві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2021. 448 с.

70. Ухвала Херсонського окружного адміністративного суду від 15.06.2020 р. № 3П-13/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://surl.li/ggyxhd>.

71. Спасибо-Фатєєва І. В. Відчуження предмета іпотеки при наявності прав інших осіб на нього, зокрема, при арешті або податковій заставі. Пріоритети, які мають місце при цьому. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2006. № 2. С. 13–18.

72. Проценко О. І. Конструкція способів забезпечення виконання зобов'язань у цивільному праві. URL: <https://dspace.univd.edu.ua/server/api/core/bitstreams/37e8102e-28df-4d1c-91e1-bfabbf4fa340/content>.

73. Загорулько О. А. Заклад як речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 1997. 18 с.

74. Другова В. А. Договір іпотеки за цивільним законодавством : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ. 2010. 18 с.

75. Кубара У. М. Правова природа заставних відносин. *Форум права*. 2012. Вип. 3. С. 343–350.

76. Дякович М. М. Іпотека – інструмент для боржника і кредитора : монографія. Львів : 2004. 512 с.

77. Майданик Р. А. Правова природа інституту іпотеки. *Юридичний вісник*. 2009. Вип. 1 (10). С. 31–38.

78. Майданик Р. А. Припинення іпотеки виконанням основного зобов'язання: юридична природа та умови. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 9. С. 41–48.

79. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 04.09.2013 р. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/3D113705F765894BC2257C92003A6BBF](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/3D113705F765894BC2257C92003A6BBF).

80. Про нотаріат : Закон України від від 02.09.1993 р. № 3425-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>
81. Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріуса : Постанова Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 р. № 1172. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF#Text>
82. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text>.
83. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>.
84. Пучковська І. Й. Договір про задоволення вимог іпотекодержателя. *Іпотека – аналіз, коментарі, практика застосування* / заг. ред. В. М. Марченка. Харків : Страйд. 2006. С. 45–49.
85. Пучковська І. Й. До питання виселення мешканців при зверненні стягнення на іпотечне майно. *Теорія і практика правознавства*. 2019. Вип. 2 (16). С. 1–12. <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2019.16.187919>.
86. Житловий кодекс України від 30.06.1983 р. № 5464-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/5464-10>.
87. Постанова Верховного Суду від 22.03.2023 р. у справі № 361/4481/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=110111441&red=1000037e82353d71a4a00ddc4439858782e322&d=5>.
88. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредитором та споживачами фінансових послуг : Закон України від 22.09.2011 р. № 3795-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3795-17#Text>.
89. Борисова В. І., Баранова Л. М., Бегова Т. І. та ін. Цивільне право : підручник : у 2 т. Т. 1. Харків : Право, 2011. 656 с.
90. Цивільне право. Особлива частина : навч. посіб. / О. Є. Аврамова,

Е. В. Вакулович, А. С. Горбенко та ін. ; за заг. ред. Ю. М. Жорнокуя, О. Є. Кухарєва ; МВС України, ХНУВС. Харків : ХНУВС, 2023. 420 с.

91. Постанова Верховного Суду від 05.04.2024 р. у справі № 916/101/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118356261>.

92. Handelsgesetzbuch (HGB). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

93. Burgerlijk Wetboek Boek 1 (Geldend van 01-01-2024 t/m heden). URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2024-01-01>.

94. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / уклад. : Ю. В. Білоусов, І. Р. Клаур, С. Д. Гринько та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. Київ : Правова єдність. 2009. 1168 с.

95. Ільків О. В. Право притримання як вид забезпечувальних речових прав. *Deutsche Internationale Zeitschrift für zeitgenössische Wissenschaft*. 2021. Вип. 16. С. 25–29.

96. Постанова Верховного Суду від 05.12.2023 р. у справі № 922/1655/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=115617489&red=100003cb621cb5174d431834b150bc8ea32639&d=5>

97. Пучковська І. Й. До питання щодо сфери застосування притримання як засобу забезпечення виконання зобов'язань. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. Вип. 2 (45). С. 153–160.

98. Соколянський Д. В. Договір притримання у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса. 2009. 21 с.

99. Панченко М. Форми самозахисту приватної власності у цивільному праві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. Вип. 1. С. 31–34.

100. Заборовський В. В., Стойка А. В. Деякі проблемні аспекти застосування інституту притримання як засобу забезпечення виконання зобов'язань. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*.

Ужгород, 2017. № 47. Т. 2. С. 7–12.

101. Постанова Верховного Суду від 29.03.2018 р. у справі № 915/214/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73160799>.

102. Гуйван П. Д. Сутнісні та часові характеристики цивільно-правових способів забезпечення виконання зобов'язань – неустойки та притримання. *Juris Europensis Scientia*. 2022. Вип. 2. С. 36–40.

103. Цивільний кодекс України. Постатейний науково-практичний коментар у двох частинах. Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. Київ : Юстініан, 2005. Ч. 1. 680 с.

104. Дзера І. О. Цивільно-правові способи захисту права власності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2001. 216 с.

105. Слома В. М. Притримання як вид забезпечення виконання зобов'язання. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: Право*. 2009. Вип. 6. С. 109–112.

106. Покровська А. О. Самозахист у договірних відносинах : дис. ... д-ра філософії в галузі знань 08 «Право» : спец.: 081 – Право ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, М-во освіти і науки України. Харків, 2023. 214 с.

107. Пучковська І. Й. Про особисті та речові види забезпечення виконання зобов'язання. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (м. Харків, 19 лют. 2016 р.). Харків : Право, 2016. С. 144–147.

108. Пучковська І. Й. Щодо співвідношення заходів оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язання. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 3 (46). С. 134–143.

109. Бондаренко К. С. Речові види забезпечення виконання зобов'язання в цивільному законодавстві: зарубіжний досвід. *Професійний розвиток: методологічна основа та інноваційні технології* : зб. матеріалів

доп. учасн. Всеукр. наук.-педагог. підвищення кваліфікації (м. Львів, 1 січня – 11 лютого 2024 р.). Львів, 2024. С. 36–39.

110. Карнаух Т. М. Притримання: зміст правовідношення. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2007. Вип. 36. С. 58–65.

111. Цивільне право України : підручник. Ч. 2: Особлива / за ред. проф. Р. Б. Шишки. Київ : ТОВ «Видавництво Ліра-К». 2018. 996 с.

112. Спесівцев Д. С. Захист речових прав на нерухоме майно зобов'язально-правовими способами (на прикладі конструкції правовідносин найму (оренди)). *Історико-правовий часопис*. 2021. Вип. 1 (16). С. 60-66.

113. Бондаренко К. С. Особливості правової природи застави як речового способу забезпечення виконання зобов'язання. *Журнал східноєвропейського права*. 2024. Вип. 121. С. 74–80. <https://doi.org/10.5281/zenodo.11062175>

114. Бондаренко К. С. Право довірчої власності як особливий вид забезпечення виконання зобов'язання: перспективи застосування в Україні. *Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України* : зб. матеріалів доп. учасн. XIX наук.-практ. конф., присвяч. 99-й річниці з дня народження д.ю.н., проф. В. П. Маслова (м. Харків, 12 берез. 2021 р.). Харків, 2021. С. 317–320.

115. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 19.06.2003 р. № 980-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980-15#Text>

116. Бондаренко К. С., Кушнір В. А. Особливості довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання. *Тези 76-ї наукової конференції професорів, викладачів, наукових працівників, аспірантів та студентів Національного університету «Полтавська політехніка імені Юрія Кондратюка»*. Т. 2. (м. Полтава, 14–23 трав. 2024 р.). Полтава : Національний університет імені Юрія Кондратюка, 2024. С. 141–142.

117. Сучасні тренди іпотечного права в Україні та деяких європейських

країнах стали предметом обговорення на конференції у ВС. *Верховний Суд*. 11.12.2024 р. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1718255/>

118. Бондаренко К. С. Непойменовані договори та непойменовані способи забезпечення виконання зобов'язання в науці цивільного права та законодавстві. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : зб. матеріалів доп. учасн. XX наук.-практ. конф., присвяч. 102-й річниці з дня народження проф. В. П. Маслова (м. Харків, 9 лют. 2024 р.). Харків : ЕКУС, 2024. С. 113–116.

119. Калаур І. Договір у механізмі правового регулювання відносин з передання майна в користування. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2016. Вип. 5. С. 75–83.

120. Кіріяк О. Право довірчої власності : інтеграція зобов'язальних та пропріетарних елементів. *Слово національної школи суддів України*. 2020. Вип. 3 (32). С. 84–93.

121. Харченко Г. Право довірчої власності крізь призму цивільного законодавства і судової практики. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2024. Вип. 6. С. 131–134. <https://doi.org/10.32782/pyuv.v5.2024.9>

122. Спасибо-Фатєєва І. В. Аналіз права власності – зміна вектора проблематики. *Стан і засади реформування цивільного та житлового законодавства України* : зб. матеріалів доп. учасн. XIX наук.-практ. конф., присвяч. 102-й річниці з дня народження д.ю.н., проф., член-кореспондента АН УРСР, ректора Харківського юридичного інституту (1962–1987 рр.) В. П. Маслова. (м. Харків, 09.02.2024 р.). Харків : ЕКУС. С. 8–11.

123. Спасибо-Фатєєва І. В. Форми права власності. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. Вип. 3. С. 145–154.

124. Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). *Українське комерційне право*. 2004. Вип. 5. С. 37–56.

125. Майданик Р. А. Довірча власність і фідучія: місце і перспективи в

системі права України. *Право України*. 2011. Вип. 5. С. 18–28.

126. Гончарук А. А. Право довірчої власності. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. Вип. 2. С. 97–101.

127. Донцов Д. Ю. Правовий режим довірчої власності в українському законодавстві: стан та перспективи. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2022. Вип. 3. С. 104–109.

128. Гелецька І. О., Савощак І. М. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язання: переваги й недоліки. *International scientific and practical conference*. 2020. № 7. С. 140–144.

129. Рябчинська А. Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання: поняття та юридична природа. *Юридичний вісник*. 2020. Вип. 5. С. 213–219.

130. Некіт К. Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань: аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавств. *Часопис цивілістики*. 2016. Вип. 21. С. 78–81.

131. Цивільне право. Особлива частина : навч. посіб. / О. Є. Аврамова, Е. В. Вакулович, А. С. Горбенко та ін. ; за заг. ред. Ю. М. Жорнокуя, О. Є. Кухарєва ; МВС України, ХНУВС. Харків : ХНУВС, 2023. 420 с.

132. Таргоній Ю. Я. Договір рахунка умовного зберігання (ескроу) за законодавством України та правом ЄС. дис. ... д-ра філософії. Львів, 2024. 225 с.

133. Колос Ю., Деркач Д. Довірча власність: чи є у неї майбутнє в Україні? URL: <https://vkr.ua/publication/dovircha-vlasnist-chi-ie-u-neyi-maybutnie-v-ukrayini>.

134. Постанова Верховного Суду від 05.06.2019 р. у справі № 755/12638/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/82308714>.

135. Рішення Решетилівського районного суду Полтавської області від 26.09.2024 р. у справі № 546/709/23. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://surl.li/srcnws>

136. Спасибо-Фатєєва І. В. Право власності в об'єктивному і суб'єктивному розумінні. *Цивільне право України : підручник. Т. 2 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 656 с.*
137. Дехтярьов В. В. Довірча власність в Україні та зарубіжних правопорядках: порівняльний аспект. *Актуальні проблеми приватного права. 2023. Вип. 5. С. 5–11.*
138. Канзафарова І. С., Федорко М. С. Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання у цивільному праві України. *Правова держава. 2020. № 37. С. 107–116.*
139. Бондаренко К. С. Правова природа довірчої власності та особливості її запровадження як способу забезпечення виконання зобов'язання. *Юридичний науковий електронний журнал. 2023. Вип. 11. С. 131–134. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-11/29>*
140. Бондаренко К. С. Забезпечення зобов'язань довірчою власністю. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав : зб. матеріалів доп. учасн. практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (м. Харків, 15 груд. 2021 р.). Харків, 2021. С. 170–172.*
141. Земельний кодекс України : Закон України від 01.01.2002 р. № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text>.
142. Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 03.09.2024 р. № 160/3700/24. *Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://surl.li/fqovem>*
143. А. Єремєєв. Загальна характеристика господарсько-правового трасту. *Підприємництво, господарство і право. 2020. № 12. С. 55–61.*
144. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затв. наказом Міністерства юстиції України № 296/5 від 22.02.2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text>.
145. Бондаренко К. С. Особливості правової природи та функції

забезпечувального (гарантійного) платежу як виду забезпечення виконання зобов'язання. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні* : зб. матеріалів доп. учасн. практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (м. Дніпро, 16 груд. 2022 р.). Дніпро : ФОП Середняк Т.К., 2022. С. 224–228.

146. Бондаренко К. С. Переваги та ймовірні виклики запровадження інституту довірчої власності як нового виду забезпечення виконання зобов'язання. *Сучасне суспільство і наука: актуальні дослідження молодих науковців* : зб. матеріалів доп. учасн. Інтернет-конф. іноземними мовами (м. Харків, 27 трав. 2021 р.). Харків, 2021. С. 36–39.

147. Постанова Верховного Суду від 10.01.2024 р. у справі № 910/268/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/118788147?utm_source=jurliga.ligazakon.ua&utm_medium=news&utm_content=jl03

148. Постанова ВС від 16.05.2018 р. у справі № 753/3377/16-ц. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74158093>.

149. Постанова ВС від 10.10.2024 р. у справі 922/5018/23. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/122302338>.

150. Канзафарова І. С., Федорко М. С. Забезпечувальний (гарантійний платіж) як непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язання. *Правова держава*. 2021. Вип. 42. С. 154–163.

151. Заблоцька А. О., Резворович К. Р. Гарантійний платіж як засіб забезпечення виконання орендних зобов'язань. *The 5th International scientific and practical conference «Global science: prospects and innovations» (December 28–30, 2023)*. Cognum Publishing House, Liverpool, United Kingdom. 2023. URL: <http://www.tsatu.edu.ua/vmf/wp-content/uploads/sites/17/zbirka-tezglobal-science-prospects-and-innovations-28-30.12.2023.pdf#page=978>.

152. Бабаскін А. Ю. Забезпечувальний платіж як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. *Правова держава*. 2019. Вип. 30. С. 268–276.

153. Самойлова О. М. Забезпечення виконання орендних зобов'язань за допомогою гарантійного платежу. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2016. Вип. 37. Т. 2. С. 49–52.
154. Кулицька С. В. Проблемні питання забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна. *Держава і право*. 2011. Вип. 54. С. 432–438.
155. Обривкіна О. М., Рачунь Д. В. Проблемні аспекти використання попереднього договору купівлі-продажу нерухомого майна. *Соціологія права*. 2017. № 1-2. С. 59–63.
156. Сніжко А, Суха Ю. Способи набуття нерухомого майна у власність через інститути спільного інвестування. *Актуальні проблеми правознавства*. 2024. № 2. С. 104–110.
157. Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі 27.12.1994 № 269- XIII. URL: <https://adilet.zan.kz/kaz>.
158. Ковальова О. Особливості попереднього договору. *Юридичний радник*. 2005. № 3. С. 30–33.
159. Долинська М. Порівняльний аналіз повноважень нотаріальних органів Грузії та України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: «Юридичні науки». 2020. № 3 (27). С. 188-193.
160. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2121-14>.
161. Prawo bankowe z dnia 29 wrzeГnia 1997 r. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19971400939/T/D19970939L.pdf>.
162. Цивільний Кодекс Грузії від 26 червня 1997 р. URL: <https://matsne.gov.ge>
163. Бондаренко К. С. Гарантійний платіж – непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язання. *Юридичний вісник*. 2024. Вип. 1. С. 226–232. <https://doi.org/10.32782/yuv.v1.2024.24>
164. Бондаренко К. С. До проблеми класифікації видів забезпечення виконання зобов'язання. *Журнал східноєвропейського права*. 2023. Вип. 116.

С. 75–82. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10206383>

165. Бобкова А. Г., Серебрякова Ю. О. Щодо гарантійного платежу як способу забезпечення виконання договорів оренди. *Правничий часопис Донецького університету*. 2013. № 1. С. 79–85.

166. Рішення Господарського суду Харківської області від 19.08.2010 р. у справі № 12/189. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56978963>.

167. Рішення Господарського суду Херсонської області від 30.09.2008 р. у справі № 5-362/08. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53620800>.

168. Рішення Господарського суду м. Києва від 22.11.2011 р. у справі № 4/429. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19887520>

169. Очиченко О. Гарантійний платіж як вияв юридичного винахідства. *Юридичний журнал*. 2007. Вип. 2. С. 8–9.

170. Ус М. В., Глотов С. О., Носік Ю. В. Астрент як засіб забезпечення ефективного захисту цивільних прав та інтересів. *Наукові перспективи*. 2023. № 10 (40). С. 664–677.

171. Погрібний С. О. Астрент: стан і перспективи запровадження в українському праві. *Нове українське право*. Вип. 4. 2024. С.80-86.

172. Codice di procedura civile (Pubblicato il 22/05/2006, aggiornato il 26/02/2016). URL: <https://www.altalex.com/>.

173. Цивільне право України : підручник. Частина загальна / Баранова Л. М., Дуденко Т. В. та ін. ; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ECUS, 2024. 568 с.

174. Мазур М. С. Цивільне право України. Київ : Центр навчальної літератури, 2006. 382 с.

175. Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2005. 19 с.

176. Цивільне право України : підруч. Частина загальна / Л. М.

Баранова, Т. В. Дуденко та ін. ; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ECUS, 2024. 568 с.

177. Покровська А. О. Історичні умови формування та розвитку самозахисту як форми цивільних прав на теренах України. *Право і суспільство*. 2021. Вип. 2. С. 44–50.

178. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80#Text>.

179. Про затвердження Статуту залізниць України : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/457-98-%D0%BF#Text>.

180. Місяць А. П. Особливості відчуження майна зберігачем. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. Вип. 38. Т. 1. С. 88–91.

181. Про фінансові послуги та фінансові компанії : Закон України від 14.12.2021 р. № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20#Text>.

182. Донець А. Г. Договір зберігання речей у ломбарді. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 4. С. 79–82.

183. Про затвердження Інструкції по експлуатації автоматичних камер схову самообслуговування на залізничних вокзалах та Правил користування автоматичними камерами схову самообслуговування : наказ Міністерства транспорту України № 230 від 10.07.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0419-96#Text>.

184. Правила реалізації вантажів : наказ Міністерства транспорту України № 644 від 21.11.2000 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0869-00#Text>.

185. Білоус Ю. І. Правова природа договору умовного зберігання (ескроу): порівняльно-правовий аналіз. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. Вип. 4. С. 108–111.

186. Sherry Shindler Price. Escrow Principles and Practices. 2005. 497 р.

187. Голубєва Н. Ю. Договір рахунка умовного зберігання (ескроу) за законодавством України. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2022. № 2. С. 11–22. DOI <https://doi.org/10.32782/npnuola.v31.2022.2>
188. Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 378 с.
189. Майданик Р. А. Гармонізація законодавства України про умовне депонування (ескроу) із законодавством країн ЄС. *Гармонізація приватноправового законодавства України із законодавством країн ЄС : зб. статей і 200 тез IX Міжнар. цивілістичного форуму (м. Харків, 11-12 квіт. 2019 р.)*. Київ, 2019. С. 130–141.
190. Іванова К. Ю. До питання про договір рахунку умовного зберігання (ЕСКРОУ). 2019. С. 179–185. URL: https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2019/29.11.19/_29_11_2019_27.pdf.
191. Процьків Н. М. Договір ескроу як гарантія захисту прав суб'єктів цивільних зобов'язань. *Актуальні проблеми юридичної науки : зб. тез Міжнар. наук.-практ. конф. «Двадцять перші осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 06.10.2022 р.)*. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права ім. Леоніда Юзькова, 2022. С. 158–159.
192. Шпуганич І. І. Роль договору рахунка умовного зберігання (ескроу) у процедурі сквіз-аут. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2023. Вип. 75. С. 39–43. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.75.2.6>
193. Ісаєв А. М. Право власності на гроші. *Право України*. 2021. Вип. 5. С. 119-134. <https://doi.org/10.33498/louu-2021-05-119>
194. Попович Ю. Я. Договір рахунка умовного зберігання (ескроу) за законодавством країн ЄС, США та його становлення за законодавством України. *Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного та ІТ права : II Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 27–28 жовт. 2017 р.)*. Львів, 2017. С. 205–208.
195. Карнаух Т. М. Притримання як спосіб забезпечення виконання

зобов'язань : монографія. Краматорськ : ТОВ «Тритон-МФ», 2009. 204 с.

196. Наріжний С. Ю. Притримання як спосіб забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування. *Приватне право і підприємництво*. 2013. № 12. С. 113–116.

197. Бондаренко К. С. Притримання та грошове притримання: дії правових механізмів поійменованого та непоійменованого способів забезпечення виконання зобов'язання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2024. Вип.102. С. 10–16. <https://doi.org/10.32782/apdp.v102.2024.2>

198. Про ринки капіталу та організовані товарні ринки : Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>

199. Про затвердження Положення про застосування Національним банком України стандартних інструментів регулювання ліквідності банківської системи : постанова Правління НБУ від 17.09.2015 р. № 615. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0615500-15#Text>.

200. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

201. Аномалії у цивільному праві України : навч.-практ. посіб. 2-ге вида., переробл. та доп. / за заг. ред. Р. А. Майданика. Київ : Юстиніан, 2010. 1008 с.

202. Копцюх Г. І. Поняття договору репо за законодавством України. *Правова держава*. 2012. № 15. С. 100-106.

203. Грін О. О. Договори в цивільному праві України : навч. посіб. : Альбом схем. Ужгород : Вид-во ФОП Бреза А.Е., 2012. 219 с.

204. Оніщенко О. В., Голуб В. О. Проблеми визначення правової природи договору репо. *Правничий вісник Університет «КРОК»*. 2013. Вип. 15. С. 83–89.

205. Пільков К. М. Спірні питання при продажі цінних паперів із зворотним викупом. URL: <https://c-n-l.eu/ua/media/articles/dispute-resolution-in-stock-exchange-sale-of-repurchase-securities>

206. Красільнікова О. С. Угоди РЕПО як нетрадиційний спосіб

забезпечення зобов'язань. *Актуальні проблеми держави і права*. 2007. Вип. 34. С. 324–328.

207. Бервено С. М. Проблеми договірної права України : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 392 с.

208. Майданик Р. А., Бервено С. М. Договір репо (цивільно-правова природа та види. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2005. № 30. С. 368–375.

209. Постанова Київського апеляційного господарського суду у справі № 910/23066/15 від 04.04.2017 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65971194>

210. Правові та фінансові особливості здійснення операцій РЕПО. *Операція РЕПО – антирейдерський інструмент* : прес-конференція (06.08.2009 р.). Прес-центр Інформаційного агентства ЛІГАБізнесІнформ. URL: https://vkr.ua/about-us/news/legal_and_financial_specifics_of_repo_transactions_repo_transactions_as_an_antiraidinstrument

211. Castello Branco Repurchase Agreements and Financial Analysis. URL: <https://www.elibrary.imf.org/display/book/9781557751591/ch024.xml>

212. Трофімова О. В. Правове регулювання лізингової діяльності в Україні. Київ : КИТ, 2005. 216 с.

213. Ментух Н. Ф. Окремі способи забезпечення виконання господарських зобов'язань за договором лізингу та їх особливості. *Приватне право і підприємництво*. 2010. № 9. С. 95–99.

214. Про затвердження Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні : постанова НБУ від 28.08.2001 р. № 368. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0841-01#Text>.

ДОДАТОК

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковано основні результати дисертації:

1. Бондаренко К. С. До проблеми класифікації видів забезпечення виконання зобов'язання. *Журнал східноєвропейського права*. 2023. Вип. 116. С. 75–82. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10206383>
2. Бондаренко К. С. Правова природа довірчої власності та особливості її запровадження як способу забезпечення виконання зобов'язання. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. Вип. 11. С. 131–134. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-11/29>
3. Бондаренко К. С. Гарантійний платіж – непойменований спосіб забезпечення виконання зобов'язання. *Юридичний вісник*. 2024. Вип. 1. С. 226–232. <https://doi.org/10.32782/yuv.v1.2024.24>
4. Бондаренко К. С. Особливості правової природи застави як речового способу забезпечення виконання зобов'язання. *Журнал східноєвропейського права*. 2024. Вип. 121. С. 74–80. <https://doi.org/10.5281/zenodo.11062175>
5. Бондаренко К. С. Притримання та грошове притримання: дії правових механізмів пойменованого та непойменованого способів забезпечення виконання зобов'язання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2024. Вип. 102. С. 10–16. <https://doi.org/10.32782/apdp.v102.2024.2>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Бондаренко К. С. Право довірчої власності як особливий вид забезпечення виконання зобов'язання: перспективи застосування в Україні. *Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України* : зб. матеріалів доп. учасн. XIX наук.-практ. конф., присвяч. 99-й річниці з дня народження д.ю.н., проф. В. П. Маслова (м. Харків, 12 берез. 2021 р.). Харків, 2021. С. 317–320.

7. Бондаренко К. С. Особливості використання джерела права при дослідженні теми «Речові види забезпечення виконання зобов'язання». *Джерела в наукових юридичних дослідженнях* : зб. матеріалів доп. учасн. аспірантського круглого столу (м. Харків, 20-21 трав. 2021 р.). Харків, 2021. С. 17–19.

8. Бондаренко К. С. Переваги та ймовірні виклики запровадження інституту довірчої власності як нового виду забезпечення виконання зобов'язання. *Сучасне суспільство і наука: актуальні дослідження молодих науковців* : зб. матеріалів доп. учасн. Інтернет-конф. іноземними мовами (м. Харків, 27 трав. 2021 р.). Харків, 2021. С. 36–39.

9. Бондаренко К. С. Забезпечення зобов'язань довірчою власністю. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав* : зб. матеріалів доп. учасн. практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (м. Харків, 15 груд. 2021 р.). Харків, 2021. С. 170–172.

10. Бондаренко К. С. До питання про ознаки та функціонування видів забезпечення виконання зобов'язань. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : зб. матеріалів доп. учасн. XX наук.-практ. конф., присвяч. 100-й річниці з дня народження проф. В. П. Маслова (м. Харків, 4 лют. 2022 р.). Харків, 2022. С. 413–415.

11. Бондаренко К. С. Особливості правової природи та функції забезпечувального (гарантійного) платежу як виду забезпечення виконання зобов'язання. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні* : зб. матеріалів доп. учасн. практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (м. Дніпро, 16 груд. 2022 р.). Дніпро : ФОП Середняк Т.К., 2022. С. 224–228.

12. Бондаренко К. С. Непойменовані договори та непойменовані способи забезпечення виконання зобов'язання в науці цивільного права та законодавстві. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : зб.

матеріалів доп. учасн. XX наук.-практ. конф., присвяч. 102-й річниці з дня народження проф. В. П. Маслова (м. Харків, 9 лют. 2024 р.). Харків : ЕКУС, 2024. С. 113–116.

13. Бондаренко К. С. Речові види забезпечення виконання зобов'язання в цивільному законодавстві: зарубіжний досвід. *Професійний розвиток: методологічна основа та інноваційні технології* : зб. матеріалів доп. учасн. Всеукр. наук.-педагог. підвищення кваліфікації (м. Львів, 1 січня – 11 лютого 2024 р.). Львів, 2024. С. 36–39.

14. Бондаренко К. С. Особливості речових видів забезпечення виконання зобов'язання. *Організаційно-правові аспекти публічного управління в Україні* : зб. матеріалів XI Міжнар. наук.-практ. конф. Інтернет-конф. (м. Полтава, 25 квіт. 2024 р.). Полтава : Національний університет «Полтавська політехніка імені Юрія Кондратюка», 2024. С. 245–247.

15. Бондаренко К. С., Кушнір В. А. Особливості довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання. *Тези 76-ї наукової конференції професорів, викладачів, наукових працівників, аспірантів та студентів Національного університету «Полтавська політехніка імені Юрія Кондратюка»*. Т. 2. (м. Полтава, 14–23 трав. 2024 р.). Полтава : Національний університет імені Юрія Кондратюка, 2024. С. 141–142.