

тивну (інструментально-регламентаційну) роль. У цінних паперах майнове право й інструмент його фіксації та наступного посвідчення немов «зливаються» воедино, визначаючи їх двоєдиний (дуалістичний) характер як особливої атипічної категорії цивілістичних конструкцій.

Надійшла до редколегії 10. 09. 06

І. Пучковська, доцент НЮА України

Щодо співвідношення заходів оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань

Новий ЦК України, назвавши певні види забезпечення виконання зобов'язань, встановлює, що законом чи договором можуть бути передбачені інші види забезпечення виконання зобов'язань, не даючи при цьому поняття цих видів. Отже, сторонам договірних правовідносин надається право самим вигадувати, винаходити певні забезпечення щодо виконання своїх зобов'язань, але чи можна їх вважати видами забезпечення виконання зобов'язань в розумінні глави 49 ЦК? Законодавець у загальних положеннях про забезпечення виконання зобов'язань називає ознаки таких видів, але дефініції видів забезпечення виконання зобов'язань не дає. В зв'язку з цим виникає багато питань і одне з них щодо можливості віднесення заходів оперативного впливу до видів забезпечення виконання зобов'язань услід за притриманням, яке традиційно вважається заходом оперативного впливу і вперше законодавцем віднесено до інституту видів забезпечення виконання зобов'язань у ст. 546 ЦК.

Проблемами правової природи заходів оперативного впливу займалися В. Грибанов¹, Т. Каудиров², М. Карпов³ та інші дослідники, але питання про співвідношення заходів оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань і на сьогоднішній день є одним із

¹ Див.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000;

² *Каудиров Т. Е.* Оперативные санкции как средство обеспечения исполнения договора поставки // *Хозяйственный механизм: правовые формы совершенствования.* – Алма-Ата, 1982;

³ *Карпов М. С.* Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М., 2004.

невирішених в юридичній науці. В зв'язку з цим серед дослідників точиться дискусія про місце тих чи інших правових інструментів, що мають забезпечувальний елемент, серед заходів оперативного впливу, видів забезпечення виконання зобов'язань, способів самозахисту щодо їх визначальних ознак, співвідношення та можливості використання сторонами договірних відносин з метою забезпечення виконання зобов'язань.

Одні вчені вважають заходи оперативного впливу за своєю природою різновидом засобів забезпечення виконання зобов'язань, інші розглядають їх як самостійні, незалежні одне від одного поняття.

Так, Т. Каудиров зазначає, що заходи оперативного впливу належать до видів забезпечення виконання зобов'язань. Він підкреслює, що у разі обмеження змісту поняття «засоби забезпечення виконання зобов'язань» виключно заходами акцесорного характеру, поза полем зору дослідників засобів забезпечення зобов'язань залишаються численні спеціальні заходи, що застосовуються в господарських зобов'язаннях, наприклад, в договорі поставки. Між тим перелічені заходи несуть в собі та виконують більш забезпечувальні функції¹. Є. Суханов також вважає, що відсутні перешкоди для визнання таких заходів, як переведення несправного платника на акредитивну форму розрахунків, притримання товарів до їх повної оплати, одностороння відмова від виконання договору в разі грубого порушення його контрагентом, безспірне (безакцептне) списання штрафів та збитків з несправного боржника як самостійних способів забезпечення належного виконання зобов'язань, особливо у комерційному (торговому) обороті².

Інакше розглядає питання співвідношення оперативних заходів і видів забезпечення виконання зобов'язань В. Вітрянський. Він відкидає можливість віднесення всіх без винятку заходів оперативного впливу до способів забезпечення виконання зобов'язань, підкреслюючи, що зазначені заходи оперативного впливу не мають ніякого відношення до способів забезпечення зобов'язань³. Він вважає, що додаткові засоби забезпечення виконання зобов'язань законодавець передбачив у ЦК. Це, наприклад, умова договору купівлі-продажу про збереження права власності на переданий покупцеві товар за продавцем до його оплати⁴.

¹ Див.: Каудиров Т. Е. Вказ. праця. – С. 52.

² Див.: Гражданское право: В 2 т.: Учебник/ Под ред. Е. А. Суханова. – М., 1993. – Т. 2. – С. 28.

³ Див.: Брагинский М. И. Витрянский В. В. Договорное право. – Книга первая: Общие положения: – Изд. 3-е, стереотип. – М., 2001. – С. 481.

⁴ Див.: Брагинский М. И. Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 482.

Б. Гонгало відзначає, що притримання майна боржника до способів забезпечення виконання зобов'язань належати не повинно. Він підкреслює, що притримання майна боржника, безумовно, є забезпечувальним заходом, а саме — заходом оперативного впливу, і від того, що законодавець у новому ЦК відніс його до видів забезпечення виконання зобов'язань нічого не змінилося — «притримання, як і раніше, залишається заходом оперативного впливу»¹.

Метою цієї статті є з'ясування співвідношення таких понять, як заходи оперативного впливу та види забезпечення виконання зобов'язань за допомогою визначення правової природи права притримання — вперше віднесеного законодавцем до інституту видів забезпечення виконання зобов'язань.

Для розв'язання даної проблеми перш за все зазначимо, що у сучасній юридичній літературі присутній тією чи іншою мірою загальноприйнятий підхід до визначення суттєвих властивостей видів забезпечення виконання зобов'язань як самостійного цивільно-правового інституту.

У правовій доктрині при характеристиці цього інституту традиційно вказується на дві невід'ємні властивості кожного із видів забезпечення виконання зобов'язань. Передусім це спрямованість на стимулювання боржника до своєчасного та належного виконання зобов'язання, тобто забезпечення виконання зобов'язання, та акцесорність, додатковий характер забезпечувальних зобов'язань².

В. Єм підкреслює, що способи, які використовуються для забезпечення виконання зобов'язань, досить різноманітні і стимулювання боржника до належної поведінки може здійснюватися шляхом: 1) встановлення для нього невідгідних наслідків на випадок невиконання — можливість стягнення неустойки чи завдатку; 2) виділення із майна боржника певної частки, яка повинна слугувати перш за все задоволенню можливих вимог певного кредитора при заставі; 3) притягнення до зобов'язання інших осіб, майно яких поряд з майном боржника могло б слугувати задоволенню вимог кредитора при поруці та гарантії. Він вважає, що забезпечувальним цілям можуть слугувати і певні майнові заходи несприятливого характеру, що застосовуються до несправного боржника кредитором, наприклад, відмова від сплати неякісного товару, переведення несправного покупця на попередню оплату продукції, при-

¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 41.

² Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо–Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 32; Гражданское право: В 2 т.: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. – Т. 2. – С. 28.

тримання речі до оплати її вартості тощо (заходи оперативного впливу)¹. Але слід зауважити, що порука та банківська гарантія до виконання зобов'язання відношення не мають. Вони призначені безпосередньо для захисту майнового (грошового) інтересу кредитора на випадок несправності боржника і в зв'язку з цим Б. Гонгало обґрунтовано поділяє поіменовані способи забезпечення виконання зобов'язань та такі, що своєю безпосередньою метою мають стимулювати боржника до виконання зобов'язання (неустойка та завдаток), призначені безпосередньо для захисту майнового інтересу кредитора (порука, банківська гарантія), та такі, що стимулюють боржника до виконання зобов'язання, а у разі його несправності гарантують захист майнових інтересів кредитора (застанова, притримання)².

На думку О. Латинцева, для віднесення того чи іншого правового механізму до видів забезпечення виконання договірних зобов'язань необхідно, аби йому були притаманні одночасно стимулююча та захисна ознаки. Він відмічає, що відсутність будь-якої із них не дозволяє кваліфікувати правовий інститут як засіб забезпечення³. Н. Расказова ж взагалі вважає, що саме захисна (компенсаційна) функція і є визначальною при застосуванні певного правового механізму стосовно вирішення питання про віднесення його до інституту забезпечення зобов'язань⁴.

Як бачимо, сучасні дослідники питань забезпечення виконання зобов'язань підкреслюють, що інституту видів забезпечення виконання зобов'язань притаманні як стимулююча, так і захисна (компенсаційна) функції, з чим не можна не погодитися.

Досліджуючи поіменовані види забезпечення виконання зобов'язань можна дійти висновку про те, що під видом забезпечення виконання зобов'язань у сучасній правовій доктрині прийнято розуміти передбачені законом чи договором забезпечувальні заходи майнового характеру, які існують у вигляді акцесорних зобов'язань, що стимулюють боржника до виконання зобов'язання та/або іншим чином гарантують захист майнового інтересу кредитора у разі несправності боржника.

Розглянемо, чи притаманні заходам оперативного впливу стимулююча та/або захисна названі функції і чи створюють вони акцесорні зобов'язання.

¹ Див.: Гражданское право: В 2 т.: Учебник/ Под ред. Е. А. Суханова. – Т. 2. – С. 28.

² Див.: Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 9.

³ Див.: Латинцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. – М., 2002. – С. 8.

⁴ Див.: Расказова Н. Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. – 2004. – С. 46.

Під заходами оперативного впливу В. Грибанов, який першим комплексно дослідив їх і виявив визначальні ознаки останніх, розуміє такі юридичні засоби правоохоронного характеру, що застосовуються до порушника цивільних прав та обов'язків безпосередньо самою уповноваженою особою як стороною в цивільних правовідносинах без звернення за захистом права до компетентних державних або громадських органів¹.

Заходи оперативного впливу перш за все є заходами правоохоронними. Вони застосовуються уповноваженою особою лише тоді, коли зобов'язана сторона припустилася тих чи інших порушень, наприклад, ухиляється від виконання певних дій, неналежним чином виконує зобов'язання та ін. Друга особливість заходів оперативного впливу полягає в тому, що їх застосування має односторонній характер. Уповноваженій стороні не треба звертатися до компетентних державних органів. Саме цьому дані заходи і мають назву оперативних. Односторонній характер заходів оперативного впливу визначає й особливий характер гарантій їх правильного застосування. Ці гарантії мають двоїстий характер: по-перше, заходи оперативного впливу можуть застосовуватися уповноваженою особою до порушника виключно у тих випадках, коли вони прямо передбачені законом або домовленістю сторін; по-друге, їх застосування не позбавляє зобов'язану особу можливості оспорити їх застосування у суді.

Юридичний характер заходів оперативного впливу означає, що вони завжди тягнуть за собою відповідні зміни прав і обов'язків перш за все у правопорушника (наприклад, виникнення обов'язку усунути за свої кошти дефекти у поставленому неякісному обладнанні).

Застосування заходів оперативного впливу уповноваженою особою тягне за собою невігідні наслідки для зобов'язаної особи. Але у разі усунення останньою допущених порушень такі невігідні наслідки, як правило, відпадають або значно зменшуються. Головною функцією заходів оперативного впливу В. Грибанов² та В. Єм³ називають забезпечення, стимулювання належного виконання обов'язків учасниками цивільного обороту.

Визначаючи ознаки заходів оперативного впливу, В. Грибанов вказує, що вони, як правило, не пов'язані з відновленням майнової сфери потерпілого і тому відшкодування витрат, понесених уповноваженою

¹ Див.: *Грибанов В. П.* Вказ. праця. С. 107.

² Див.: Там само. – С. 137.

³ Див.: *Гражданское право: В 2 т. Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов.* – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – Т. 1. – С. 419.

особою, не є їх функцією, і вони мають своїм призначенням перш за все спонукання другої сторони до належного виконання своїх обов'язків¹, тобто виконують виключно стимулюючу функцію. Види ж забезпечення виконання зобов'язань виконують стимулюючу та/або захисну (компенсаційну) функцію.

Як бачимо, заходи оперативного впливу лише частково відповідають тим критеріям, які сучасна правова доктрина висуває до видів забезпечення виконання зобов'язань. Дійсно, стимулююча функція не лише притаманна природі цих заходів, а й виступає їх головною функцією, з чим погоджується більшість вчених. Але, з іншого боку, очевидно, що закріплення в договорі або застосування переважної більшості заходів оперативного впливу не веде до виникнення додаткових, акцесорних зобов'язань між сторонами. Навпаки, закріплюючи оперативні заходи в договорі, сторони включають їх як елемент у структуру договірних правовідношення, змінюють чи припиняють останнє. Ніяких зобов'язань, що мають акцесорний характер, при цьому між сторонами не виникає. Безумовно, заходи оперативного впливу належать до забезпечувальних заходів, що застосовуються у договірних відносинах, але відносити їх до інституту видів забезпечення виконання зобов'язань у розумінні глави 49 ЦК невірно.

Що ж до забезпечувальної природи права притримання, то С. Сарбаш вважає помилковим класифікувати притримання як захід оперативного впливу, наголошуючи на тому, що жодна із названих В. Грибановим особливостей цих заходів не може точно характеризувати притримання. До того ж, на думку вченого, якщо до прийняття нового ЦК достатньо виправданим було відносити притримання саме до заходів оперативного впливу, оскільки іншого місця у законодавстві та й у праві взагалі на той період праву притримання не знайшлося, то з прийняттям ЦК внаслідок прямої вказівки законодавця на належність притримання до способів забезпечення виконання зобов'язань ототожнювати останнє з оперативними заходами було б вже невірно. В. Єм, оспорюючи аргументацію С. Сарбаша, зазначає, що поняття заходів оперативного впливу — це категорія наукова, невідома досі законодавству, а відтак, той факт, що закон відносить право притримання до способів забезпечення виконання зобов'язань, зовсім не виключає можливості класифікації притримання, крім іншого, і як різновид заходу оперативного впливу, тим більше, що, на переконання В. Єма, виходячи із легальної дефініції права притримання, воно повністю відповідає ознакам оперативних заходів. В. Єм під-

¹ Див.: *Грибанов В. П.* Вказ. праця. — С. 137.

креслює, що притримання речі застосовується ретентором (кредитором, який притримує річ) щодо боржника самостійно, без звернення за захистом права до компетентних державних органів. Безумовно, заходи оперативного впливу тим і виділяються, що надають кредитуру можливість самостійно, без звернення до юрисдикційних органів захистити свої інтереси шляхом здійснення певних заходів щодо правопорушника. Але ж право притримання, крім самого притримання речі боржника, передбачає у разі невиконання боржником зобов'язання, тобто коли притримання не справило стимулюючого ефекту на боржника, можливість звернути стягнення на це майно і в такий спосіб захистити (компенсувати) свої інтереси, для здійснення чого кредитуру слід звернутися до юрисдикційних органів.

Досліджуючи забезпечувальну природу права притримання, треба зазначити, що воно становить зобов'язально-правовий захід захисту. Як засіб забезпечення виконання зобов'язань, притримання розраховане на правовідносини, які вже виникли між сторонами внаслідок договору, тобто розраховане на відносні правовідносини, що об'єднує притримання із заходами оперативного впливу, які застосовуються у договірних відносинах. У той же час слід зазначити, що особа, використовуючи останні, виконує юридичні дії, передбачені законом або договором. Заходом оперативного впливу є, наприклад, одностороння відмова від договору. Між тим притримання здійснюється завжди за допомогою фактичних дій. Управомочена сторона володіє зазначеною річчю, і всі дії, пов'язані з цією річчю, мають фізичний (фактичний) характер.

Крім того, відокремлюють притримання від заходів оперативного впливу невіддільність, безпосередній зв'язок останніх з певними правовідносинами, конкретним договором. Можливість їх застосування повинна бути встановлена або договором, або законом, але виключно в рамках такого договору. На відміну від цього притримання може застосовуватися й поза зв'язком з певними правовідносинами, наприклад, коли притриманням забезпечуються інші, тобто не пов'язані з оплатою притриманої речі, відшкодуванням витрат та інших збитків, вимоги кредитора відповідно до положень ч. 2 ст. 594 ЦК. Наявність інших договірних відносин між сторонами, де одна діє протиправно, дає кредитуру право застосувати притримання. Але в таких правовідносинах головним є факт знаходження у ретентора речі, яка потрапила до нього за згодою й з волі боржника, тобто правомірно. Так, право притримання виникає у кредитора, якщо боржник не виконав перед останнім зобов'язання за договором позики на момент укладення між сторонами

договору зберігання речей боржника або коли строк виконання боржником договору позики настав раніше припинення договору зберігання.

Наявність вказаних умов виникнення права притримання необхідна для його правомірності як способу самозахисту. Цілком поділяємо висловлену в літературі думку, згідно з якою «притримання — це правомірне непередання кредитором речі, що належить боржникові, але воно є правомірним тільки за наявності відповідних умов. У протилежному випадку притримання перетворюється на незаконне володіння з усіма відповідними наслідками»¹ та приєднуємося до думки науковців, які розглядають притримання як приклад закріплення способу самозахисту положеннями актів цивільного законодавства². Видається, право притримання в такому розумінні підлягає вивченню як юридично визначена можливість управомоченої в зобов'язальних правовідносинах особи притримати річ у себе до моменту належного виконання боржником свого зобов'язання з її оплати або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат, а також інших вимог останнього, якщо інше не встановлено договором або законом.

Вважаємо, що сам факт наявності норм щодо притримання (ст. ст. 594–597 ЦК) свідчить про те, що законодавець визнає його таким способом захисту, який відповідає порушенню, для припинення якого притримання на підставі ЦК України може використовуватися.

Притримання, будучи одним із видів забезпечення виконання зобов'язань, є одним із способів самозахисту, передбачених актами цивільного стану. Його розглядають як один із проявів самозахисту такі дослідники, як Г. Свердлик та Є. Страунінг³, Ю. Белоусов⁴ та ін.⁵

На нашу думку, на відміну від цивільного законодавства радянського періоду, яке допускало самостійний захист порушеного цивільного права лише як виняток, норми ЦК України (ст. ст. 19, 20) передбачають

¹ Див.: *Сербуль О.* Притримання: правомірне володіння або порушення зобов'язання за договором? // Юрид. журн. – 2004. – № 5. – С. 90.

² Див.: Цивільний кодекс України: Наук. – практ. коментар / За ред. розробників проекту ЦКУ. – К.: 2004. – С. 28; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво–Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Т. 1. – С. 267.

³ Див.: *Свердлык Г., Страунинг Э.* Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // *Хозяйство и право.* – 1999. – № 2. – С. 25;

⁴ Див.: *Гражданский кодекс Украины: Комментарий (с изм. и доп. по сост. на 01.09.03 г.).* – Х., 2003. – Т. 1. – С. 56.

⁵ Див.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный) / Рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садилов.* – М., 1997. – С. 55.; *Научно–практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей.* – М., 1995. – С. 78.

самозахист як основну неюрисдикційну форму захисту суб'єктивного цивільного права й інтересу, що підлягають правовій охороні в розвиток положень ч. 5 ст. 55 Конституції України щодо права кожного будь-яким не забороненими законом способами захищати свої права і свободи. Як слушно зазначає Д. Новак, із виключного порядку захисту цивільних прав самозахист перетворився на універсальний¹.

Вважаємо, що сучасне цивільне законодавство під самозахистом розуміє дії як юридичного характеру (заходи оперативного впливу, що застосовуються в договірних відносинах), так і фактичного (необхідну оборону та крайню необхідність). Маючи на меті об'єднати всі заходи, спрямовані на самостійний захист порушеного права управомоченої особи, законодавець і використав формулювання «самозахист права» та передбачив, що способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства (п. 2 ч. 2 ст. 19 ЦК).

На нашу думку, що визначаючи юридичну природу права притримання, слід розглядати окремо право притримання: а) як дії ретентора, спрямовані на захист свого порушеного суб'єктивного права, і б) як правомочності стосовно звернення стягнення на предмети притримання, що належать ретенторові у зв'язку з його діями.

Стосовно першої дії ретенторові надається право захистити своє порушене право самостійно і в односторонньому порядку, без звернення до юрисдикційних органів. І це, безумовно, дає підстави віднести такі дії до способів самозахисту цивільних прав, під якими розуміється застосування особою засобів протидії, що не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. Стосовно ж другої дії — звернення стягнення на притримувану річ, слід зазначити, що оскільки її здійснення неможливе без звернення до юрисдикційних органів, то даний правовий механізм виходить за межі інституту самозахисту.

При застосуванні права притримання виникає нове забезпечувальне правовідношення, яке повністю відповідає ознакам способів забезпечення виконання зобов'язань, що вказує на природу права притримання як один із видів забезпечення виконання зобов'язань, а здійснення правом притримання стимулюючої та захисної (компенсаційної) функції не викликає сумніву.

Отже, притримання — це встановлений законом засіб забезпечення виконання зобов'язань кредитора, що полягає у праві ретентора притри-

¹ Див.: Новак Д. Соотношение самозащиты гражданских прав и права удержания // Хозяйство и право, — 2002. — № 6. — С. 103.

мувати річ боржника в разі невиконання ним в строк зобов'язання. Цей вид забезпечення виконання зобов'язань є одним із способів самозахисту, передбачений актами цивільного стану у випадках, коли притримання виконує стимулюючу функцію і виходить за межі інституту самозахисту у разі звернення стягнення на предмет притримання, виконуючи захисну (компенсаційну) функцію.

Таким чином, право притримання має всі ознаки, притаманні способам забезпечення виконання зобов'язань. Заходи ж оперативного впливу як категорію наукову, невідому досі законодавцю слід відносити до різновидів самозахисту, під яким сучасна правова доктрина розуміє як фактичні, так і юридичні дії правоохоронного характеру, що застосовуються до правопорушника безпосередньо уповноваженою особою без звернення до компетентних державних органів.

Надійшла до редколегії 05. 07. 06

Д. Задихайло, доцент НЮА України

Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення

Десятирічний ювілей Конституції України є приводом для оцінки її значення та властивостей як фундаменту правової системи в країні. Можна констатувати наявність в ній достатньої кількості норм-принципів, що довели за цей час досконалість своєї законодавчої техніки та високу соціальну ефективність. Але вважаємо за доцільне зупинитися на конституційно-правовому регулюванні саме економічних відносин, що дають певні підстави для дискусій.

Слід зазначити, що розробники Господарського кодексу України, формулюючи в ст. 5 надзвичайно важливу, системоутворюючу категорію «правовий господарський порядок», досить чітко зв'язали її зміст з конституційно-правовими нормами, що власне і мають визначати правові засади такого порядку не тільки безпосередньо, а й також через визначення змісту всього поточного господарського законодавства. Так, ст. 5 ГК України до таких конституційних засад відносить: право власності українського народу на природні ресурси; забезпечення державою