

§ 1. Поняття способів забезпечення виконання зобов'язань

Належне виконання зобов'язань передбачає, що сторони, які беруть участь у зобов'язальних право-відносинах, виконують покладені на них обов'язки у точній відповідності із законом, договором, а за відсутності таких вказівок — з тими вимогами, які звичайно пред'являються до виконання, а відтак — і з діловими звичаями, що склалися в комерційній практиці.

Належне виконання зобов'язань стимулює зміцнення май-нового становища учасників цих відносин, формування у них впевненості в реалізації поставлених завдань і, зрештою, стабілізує в цілому комерційний оборот. Саме меті належного виконання зобов'язання підпорядковані різні способи забезпечення, які розглядаються в юридичній літературі як у широкому, так і вузькому розумінні.

У власному (вузькому) розумінні під способами забезпечення виконання зобов'язань розуміють додаткові забезпечувальні заходи, які мають спеціальний (додатковий) характер і дають можливість досягнути виконання незалежно від того, чи заподіяні кредитором збитки і чи є у боржника майно, на яке можна звернути стягнення за виконавчими документами¹.

Традиційний підхід до визначення способів забезпечення виконання зобов'язань закріплений у ст. 178 ЦК України, відповідно до якої, до таких способів забезпечення належать: неустойка, застава, порука, завдаток та гарантія. Такий перелік є вичерпним, інші механізми, за допомогою яких можуть задовольнятися вимоги кредитора, які тією чи іншою мірою сприяють забезпеченню виконання зобов'язань, формально до способів забезпечення не належать.

Однак на проблему правового забезпечення виконання зобов'язань можна подивитися ширше. Меті забезпечення виконання зобов'язань може слугувати застосування не тільки тих способів, що позначені в ст. 178 ЦК України, а й будь-яких інших,

передбачених законом або договором правових заходів (механізмів), які сприяють виконанню обов'язків боржника за договором або обов'язків, що випливають з інших підстав виникнення зобов'язань. Отже і вони гарантують у разі порушення обов'язків з боку боржника інтереси потерпілої сторони, і в такому розумінні коло цих способів забезпечення виконання зобов'язань можна тлумачити значно ширше.

Саме виходячи з цього, в ст. 570 проекту ЦК України передбачається, що виконання зобов'язання може забезпечуватися не тільки тими способами, які прямо передбачені ЦК, іншими правовими актами, а й тими, які встановили сторони в самому договорі.

В сучасній юридичній літературі до таких додаткових способів забезпечення виконання зобов'язання відносять способи, передбачені законом, але не названі у відповідній главі ЦК України. До таких способів, зокрема, належать правила про зустрічне виконання зобов'язань¹, положення про субсидіарну відповідальність учасників повного товариства, а також повних товаришів у командитному товаристві за зобов'язаннями товариства при недостатності його майна; власника за зобов'язаннями належного йому підприємства або установи; права кредитора, який виконав угоду, у разі ухилення іншої сторони від її нотаріального посвідчення вимагати по суду визнання її дійсною; право кредитора вимагати реєстрації угоди у разі ухилення іншої сторони від її реєстрації; про відповідальність, що її поряд з боржником несуть треті особи, на яких покладено виконання зобов'язання, та деякі інші¹.

Що стосується додаткових способів забезпечення, які сторони можуть передбачати в самому договорі, то до них належать і випадки виконання боржником зобов'язання, пов'язаного із внесенням певної грошової суми на депозит третьої особи, а також використання в договорі можливостей, що закладені диспозитивними нормами ЦК України. Так, нормою передбачено, що ризик випадкової загибелі речі або випадкового пошкодження майна несе його власник, якщо інше не передбачено законом або договором. У зв'язку з цим власник, зацікавлений у своєчасному поверненні контрагентом його майна, яке передано в тимчасове володіння або користування, має право передбачити в договорі покладення ризику випадкової загибелі або випадкового пошкодження майна на контрагента. Аналогічно може бути розв'язано питання щодо витрат, які пов'язані з утриманням майна.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що сучасні тенденції розвитку законодавства про способи забезпечення виконання зобов'язання передбачають значне розширення кола таких правових засобів, якими може скористатися кредитор з метою встановити додаткові гарантії, спрямовані на забезпечення виконання зобов'язання.

У проекті ЦК України розширено перелік прямо передбачених у кодексі способів забезпечення виконання зобов'язання, до яких, крім зазначених у чинному ЦК України, належать утримання майна боржника кредитором та нове за змістом і функціями поняття гарантії як способу забезпечення виконання.

В юридичній літературі проведено класифікацію способів забезпечення виконання зобов'язання за різними ознаками². Так, враховуючи юридичну конструкцію способів забезпечення виконання зобов'язання, їх поділяють на:

- а) такі, що пов'язані з попереднім виділенням майна для можливої примусової реалізації обов'язку порушника;
- б) такі, що не пов'язані з попереднім виділенням майна для можливої примусової реалізації обов'язку порушника.

До першої групи належать застава та завдаток, до другої— неустойка та порука. За правовою природою способи поділяються на:

- а) такі, що є засобами юридичної відповідальності;
- б) такі, які не є засобами юридичної відповідальності.

До першої групи належать неустойка та завдаток, до другої — застава та порука.

За сферою дії чинний ЦК України розрізняє способи забезпечення, що можуть застосовуватися у відносинах між будь-якими суб'єктами (неустойка, застава, порука), у зобов'язаннях тільки за участю фізичних осіб (завдаток) або у відносинах виключно між юридичними особами (гарантія). Слід зазначити, що в ЦК України поняття гарантії є

досить специфічним за своїм змістом, правовою природою та механізмом дії наближено до поруки. В проекті ЦК України поняття гарантії має інший зміст та інші механізми реалізації.

§ 2. Окремі способи забезпечення виконання зобов'язань

У проекті ЦК України способи забезпечення виконання зобов'язань поділяються на дві великі групи:

- 1) зобов'язально-правові способи, до яких належать неустойка, завдаток, порука та гарантія;
- 2) речово-правові способи, що об'єднують заставу і утримання.

Неустойка. Неустойка завжди вважалася одним з най-більш поширених і популярних способів забезпечення виконання зобов'язання. Відповідно до ст. 179 чинного ЦК України (це поняття в цілому зберігається і в ст. 572 проекту ЦК) неустойкою визнається певна грошова сума, визначена законом або договором, яку боржник зобов'язаний сплатити кредиторіві у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання, зокрема у випадку прострочення виконання зобов'язання.

В проекті ЦК України додатково визнається, що неустойкою може бути не тільки грошова сума, а й інша майнова цінність. Це питання викликало жваві дискусії серед правознавців ще за часів кодифікації дореволюційного російського цивільного права. Як

згадувалося в літературі, в матеріалах редакційної комісії, яка готувала проект Цивільного уложен-ня, у зв'язку із формою неустойки (грошової або майнової) відзначалося, що хоч в основних нормах про предмет завдат-ку, відступного неустойки йдеться тільки про грошову оцінку, це робиться у зв'язку з потребами викладення, тобто юриди-ко-технічними аспектами, а також і тому, що здебільшого їх дійсно виплачують у грошах. Однак і завдаток, і відступне, і неустойка можуть полягати у будь-якого роду речах і діях, причому відносини, що виникають в цьому випадку нічим по суті не відрізняються від відносин грошового характеру, а тому на них поширюються відповідні правила¹.

Стаття 572 проекту ЦК України (і це є також новим положенням щодо чинного ЦК) передбачає, що неустойка стягує-ться незалежно від наявності у кредитора збитків, спричинє-них невиконанням зобов'язання боржником.

В умовах планово-розподільчої економіки неустойка визнавалася безперечною "царицею" серед способів забезпечення виконання зобов'язання. Це можна пояснити передусім тим, що сума, на яку міг претендувати кредитор, у разі невиконання зобов'язання боржником, була визначена заздалегідь. Стягнення неустойки не пов'язувалося з необ-хідністю доводити розмір заподіяних збитків, а також причин-ний зв'язок між збитками, які могли виникнути у кредитора, і порушенням зобов'язання з боку боржника. Крім того, стяг-нення неустойки не перешкоджало можливому відшкодуван-ню збитків, якщо кредитор доводив наявність цих збитків, їх розмір і причинний зв'язок з правопорушенням. До того ж не-устойка була засобом оперативного впливу на недбайливого боржника, оскільки давала можливість відразу після порушен-ня зобов'язання швидко стягнути передбачену законом або договором грошову суму, яку боржник мав би сплатити неза-лежно від того, були якісь інші негативні наслідки в майновій сфері кредитора, чи ні.

Залежно від джерела встановлення неустойка поділяє-ться на:

- 1) законну, тобто встановлену в нормативному порядку — в законі або іншому правовому акті;
- 2) договірну, яка встановлюється безпосередньо в нормах договору (угоди), укладеного між сторонами.

Слід зауважити, що в умовах соціалістичної економіки законодавець активно використовував можливість встановлювати в законодавчих та інших підзаконних нормативних актах численну кількість неустойок. У літературі зазначається, що в 70-80-х роках у чинних нормативних актах, які регулювали господарську діяльність, налічувалося понад три тисячі санкцій за порушення відповідних зобов'язань у сфері господарської діяльності¹.

Стаття 204 ЦК України встановлює класифікацію неустойок залежно від можливого стягнення збитків. Відповідно до цього критерію неустойки поділяються на чотири види:

- 1) залікова;
- 2) штрафна;
- 3) виключна;
- 4) альтернативна.

Заліковою називається неустойка, що передбачає можливість стягнення як неустойки, так і збитків, але в тій частині, яка не покрита сумою неустойки.

Штрафною, або кумулятивною, визнається неустойка, яка підлягає сплаті понад розмір збитків, які заподіяні невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання.

Виключна неустойка обмежує відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань тільки сплатою неустойки і взагалі виключає можливість стягнення збитків.

Альтернативна неустойка передбачає можливість стягнення або неустойки, або збитків; але в цьому випадку кредитор повинен зробити вибір ще до того, як буде допущено порушення зобов'язання і встановлено розмір збитків. Отже, кредитор відповідно має визначитися з тим, чи буде стягуватися неустойка, чи будуть стягуватися збитки ще до того, як боржником було допущено порушення виконання зобов'язання.

Що стосується розміру неустойки, то відповідно до ст. 573 проекту ЦК України розмір неустойки, визначений законом-давством, може бути збільшений угодою сторін, сторони мають право і зменшити розмір неустойки, але тільки в тих випадках, які допускаються законом. У цій же статті передбачається, що відсотки на неустойку не нараховуються.

Завдаток. Завдаток належить до тих способів забезпечення виконання зобов'язань, які найбільш активно застосовуються у відносинах з участю громадян. Це безпосередньо впливає із змісту ст. 178 ЦК України.

Відповідно до ст. 195 ЦК України завдатком визнається грошова сума, що її видає одна з договірних сторін у рахунок належних з неї за договором платежів другій стороні на підтвердження укладення договору і на забезпечення його виконання.

Таким чином, завдаток можна віднести до зобов'язально-правових способів забезпечення виконання зобов'язання.

Завдаток виконує кілька функцій. По-перше, оскільки завдаток видається в рахунок належних платежів, він виступає передусім засобом платежу. По-друге, сам факт передачі завдатка від однієї до іншої договірної сторони підтверджує, що між сторонами укладено угоду, цю й закріплюється передачею завдатку. Зрештою, по-третє, завдаток виступає як спосіб забезпечення виконання зобов'язання.

Забезпечувальний механізм завдатку є дуже простим. Саме це і зумовлює його привабливість для відносин з участю громадян. Якщо за невиконання договору відповідальною є сторона, яка передала завдаток, він залишається у другій стороні. Якщо за невиконання договору відповідальною є сторона, яка одержала завдаток, вона

повинна сплатити іншій стороні подвійну суму завдатку.

Саме за допомогою завдатку найчастіше забезпечувалися зобов'язання при укладенні договорів житлового та майново-го найму, договору про передачу майна в безоплатне користування тощо.

Оскільки завдаток виконує також платіжну функцію, слід відрізнити цей спосіб забезпечення виконання зобов'язання від простого авансу як попереднього платежу, який останнім часом широко застосовують у розрахункових відносинах. Аванс, як і завдаток, виконує поряд із платіжною функцією функцію підтвердження укладення договору. Однак, на відміну від завдатку, аванс ніколи не несе на собі забезпечувального навантаження. Тобто, якщо сторона, що одержала аванс не виконала своїх зобов'язань за договором, інша сторона має право вимагати лише повернення авансу, а не сплати його подвійної суми. Аналогічно, якщо у разі невиконання зобов'язання відповідальною буде сторона, яка передала аванс, вона незалежно від невиконання цього зобов'язання має право вимагати повернення авансу.

Таким чином, можемо зробити висновок, що аванс не виконує забезпечувальну функцію і тому не є способом забезпечення виконання зобов'язання, він обмежується виключно платіжною і засвідчувальною функціями.

Частина 3 ст. 195 ЦК України, крім реалізації механізму завдатку, передбачає можливість стягнення збитків у разі невиконання договору, забезпеченого завдатком. Отже за цією статтею, сторона, відповідальна за невиконання договору, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки, але з зарахуванням суми завдатку, якщо в договорі не передбачено інше.

На практиці у зв'язку із застосуванням завдатку виникало чимало питань, пов'язаних із необхідністю розмежувати цей спосіб забезпечення виконання зобов'язання і аванс. Це зумовлювалося насамперед тим, що чинний ЦК України не встановив обов'язкової письмової форми угоди про завдаток. Однак при використанні усної форми, у сторін виникає цілком зрозуміла проблема кваліфікації переданої суми грошей: як завдатку чи як авансу. Ці природні труднощі вирішувалися таким чином. Якщо зацікавлена сторона не доведе, що передана сума грошей була завдатком, тоді до цих відносин застосовувалися правила про аванс. Тобто практика виходила з того, що передана в рахунок майбутніх платежів грошова сума презюмується як аванс, поки не буде

доведено, що ця сума передавалася з метою забезпечити в майбутньому виконання зобов'язання.

У проекті ЦК України це питання вирішено досить чітко й однозначно. Відповідно до ст. 571 угода щодо встановлення способу забезпечення виконання зобов'язання має бути укладена в письмовій формі незалежно від форми основного зобов'язання. Недодержання письмової форми спричинює недійсність угоди щодо встановлення способів забезпечення виконання.

Порука. Порука належить до традиційних способів забезпечення виконання зобов'язання, що застосовуються як у відносинах з участю громадян, так і юридичних осіб. Однак в умовах планово-адміністративної економіки юридичні особи з метою забезпечити виконання прийнятих зобов'язань звичайно застосовували гарантію як специфічний спосіб забезпечення.

Відповідно до ст. 191 ЦК України за договором поруки поручитель зобов'язується перед кредитором іншої особи відповідати за виконання нею свого зобов'язання в повному обсязі або в певній частині. Як і будь-яким іншим способом забезпечення, порукою може бути забезпечена лише *дійсна вимога*. Таким чином, порука має акцесорний (додатковий) характер: визнання недейсним основного зобов'язання, яке забезпечується укладенням поруки, незалежно від тих підстав, за якими основне зобов'язання визнається недейсним, тягне за собою беззаперечну недійсність і поруки.

На відміну від завдатка, порука і в чинному ЦК України завжди вимагає під страхом недійсності простої письмової форми.

Договір поруки, як вже зазначалося, має дві цивілістичні традиції, які своїм корінням сягають у римську давнину. Цей інститут дістав свій розвиток і у західних цивільних кодифікаціях, і в англо-саксонській судовій практиці. Він був достатньо розроблений і в російському дореволюційному законодавстві¹.

Дослідники проблеми способів забезпечення виконання зобов'язань відзначали, що у радянський період застосування інституту поруки було досить обмеженим. Громадяни у відносинах один з одним застосовували поруку вкрай рідко. У відносинах між

організаціями можливе було прийняття поруки вищестоящим органом за борги нижчестоящого органу. Так, вищестоящі ланки кооперативної системи могли ручати-ся за зобов'язаннями нижчестоящих ланок кооперації. У певному обсязі договори поруки укладали соціалістичні організа-ції при вчиненні зовнішньоторговельних угод¹.

Ринкові умови господарювання певною мірою "реанімува-ли" поруку як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Сфера її застосування практично не має обмежень. Однак найбільш широко її, як і раніше, застосовують для забезпе-чення грошових зобов'язань.

Як видно із визначення, закріпленого у ст. 191 ЦК України, забезпечувальний механізм поруки полягає в залученні до-даткового боржника, який поряд з основним відповідає перед кредитором за виконання зобов'язання.

Стаття 192 ЦК України передбачає, що в разі невиконання зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо інше не передбаче-но договором поруки.

Таким чином, при укладенні договору поруки виникає множинність осіб на боці боржника, і законодавець визначає солідарні обов'язки для цих боржників. Хоч договір може передбачати й інший характер відповідальності — часткову або субсидіарну.

Поручитель відповідає в тому самому обсязі, як і боржник. Тобто він відповідає за основний борг, сплату відсотків, а також за заподіяні збитки та неустойку, якщо інші умови не передбачені договором поруки.

Чинне законодавство передбачає, що за боржника можуть одночасно поручитися кілька осіб — поручителів. У цьому разі відповідно до ч. 3 ст. 192 ЦК України такі поручителі між собою є солідарними боржниками перед кредитором.

Якщо у зв'язку з невиконанням основного зобов'язання боржником кредитор звертається до поручителя, який виконає зобов'язання, поручитель за таких умов набуває всіх прав

кредитора по цьому зобов'язанню. Це означає перед-усім, що поручитель як новий кредитор у зобов'язанні зберігає право вимоги до боржника. Таким чином, у цілому зобов'язання не припиняється, в ньому лише змінюється кредитор, який має право безпосередньо звертатися до боржника.

Якщо кілька поручителів виконали зобов'язання перед кредитором, то кожен з них має право зворотної вимоги до боржника в розмірі виплаченої цим поручителем суми (ч. 2 ст.193ЦК).

Хоч у цілому регулювання відносин поруки в проекті ЦК України зберегло свої традиційні риси, проте деякі положення дістали детальнішу регламентацію.

Так, ст. 578 проекту ЦК України регулює права та обов'язки поручителя у разі пред'явлення до нього вимоги.

По-перше, поручитель у цьому випадку зобов'язаний до задоволення вимоги кредитора попередити про це боржника, а якщо проти поручителя вчинено позов, — залучити боржника до участі у справі. Інакше боржник має право висунути проти зворотної вимоги поручителя заперечення, які він мав проти кредитора.

По-друге, поручитель має право висунути проти вимоги кредитора заперечення, які міг би надати боржник, якщо інше не впливає з договору поруки. Поручитель зберігає права на ці заперечення навіть у тому разі, якщо від них відмовився або визнав свій борг.

Отже, поручитель у разі пред'явлення до нього вимоги з боку кредитора, хоч і пов'язаний певними процесуальними обов'язками з боржником (попередити про заявлення вимог з боку кредитора, залучити до участі у справі в разі вчинення позову), зберігає своє автономне становище насамперед у зв'язку з оцінкою заперечень, які має проти кредитора основний боржник.

Якщо ж боржник виконав забезпечене порукою зобов'язання, то відповідно до ст. 580 проекту ЦК України він повинен негайно повідомити про це поручителя. Інакше

поруки-тель, який у свою чергу виконав зобов'язання, має право стягнути з кредитора безпідставно одержане або висунути регресну вимогу боржникові. В останньому випадку боржник має право стягнути з кредитора безпідставно одержане.

Правила, які містяться у статтях 578 і 580 проекту ЦК України спрямовані на чіткіше впорядкування відносин між основним боржником, кредитором та поручителем. Вони мають зняти ті спірні питання, які не розв'язані в чинному за-конодавстві, а відтак — створюють ускладнення у судово-арбітражній практиці.

Законодавець встановив спеціальні підстави припинення поруки. Крім того, що порука припиняється у зв'язку з акце-сорним характером припинення основного зобов'язання, вона також припиняється, якщо кредитор протягом трьох місяців з дня настання строку зобов'язання не пред'явить позов до поручителя. У тих випадках, коли строк виконання зобов'язання не зазначений або визначений моментом вимоги, то за відсутності іншої угоди відповідальність поручи-теля припиняється після закінчення одного року з дня укла-дення договору поруки.

За таких умов припинення договору поруки, безумовно, не виключає можливості безпосереднього звернення кредитора до основного боржника. Але з припинення поруки кредитор втрачає додаткові гарантії щодо забезпеченості зобов'язань. Оскільки на відносини поруки важливий вплив має фігура боржника (його платоспроможність, сумлінність, інші якості), переведення боргу, тобто заміна боржника іншою особою, також припиняє поруку, якщо поручитель не виявив згоди відповідати за нового боржника (ст. 201 ЦК).

У ЦК України питання про характер послуг поручителя залишено поза увагою. Як правило, у відносинах між грома-дянами послуги поручителями надавалися безоплатно.

У ст. 581 проекту ЦК України прямо передбачається, що поручитель має право на винагороду за послуги, які він надав боржникові, якщо це передбачено договором.

Гарантія. У чинному цивільному законодавстві гарантія як спосіб забезпечення виконання зобов'язання фактично не має свого власного обличчя, а є лише специфічним "сурога-том" поруки, яка була адаптована до умов планової центра-лізованої економіки

1

І хоч формально, виходячи із статей 178 і 196 ЦК України, гарантія зберігає статус самостійного способу забезпечення виконання зобов'язання, фактично правовий режим застосування забезпечувальних механізмів передбачає субсидіарне застосування правил, які регулюють поруку (статті 191 і 194 ЦК).

Разом з тим, на відміну від поруки, гарантія встановлювалася лише у відносинах між соціалістичними організаціями. Отже, для застосування гарантії характерним був спеціальний суб'єктивний склад учасників.

Відрізняється від поруки і характер відповідальності у відносинах гарантії. На відміну від поручителя, гарант виступає не солідарним, а субсидіарним боржником. Тобто гарант несе відповідальність лише за умови, коли основний боржник не може відповідати за невиконання зобов'язання у зв'язку з відсутністю у нього майна.

У проекті ЦК України, як і в інших сучасних цивільних кодифікаціях країн СНД, гарантії як способу забезпечення виконання зобов'язання надано новий зміст.

Гарантією визнається письмове зобов'язання банку, іншої кредитної установи, страхової організації тощо (гаранта), яке видається на прохання іншої особи (принципала), за яким гарант зобов'язується сплатити кредиторів принципала (бенефіціарові) відповідно до умов гарантійного зобов'язання грошову суму після подання бенефіціаром письмової вимоги про її сплату.

У такому вигляді гарантія має багато спільного із тими закладами, які закріплені в рекомендаціях Міжнародної торгово-вельної палати (ICC). Уніфіковані правила для гарантій на вимогу (1992 р.), затверджені ICC, активно використовуються практично у всіх країнах з розвинутою ринковою економікою.

Гарантія, на відміну від поруки, є самостійним і незалежним від основного зобов'язання

зобов'язанням.

Гарантія не може бути відкликана гарантом, якщо в ній не передбачено інше.

Належне бенефіціарові за гарантією право вимоги до гаранта не може бути передане іншій особі, якщо в гарантії не передбачено інше.

Таким чином, гарантію в контексті проекту ЦК України слід розглядати як одностороннє зобов'язання, відповідно до якого гарант зобов'язаний сплатити бенефіціарові-кредитору за забезпеченим гарантією зобов'язанням відповідну грошову суму. Право бенефіціара може бути реалізоване шляхом подання позовної вимоги, що має відповідати умовам, передбаченим у самій гарантії.

Одержавши вимогу бенефіціара, гарант повинен без зволікань повідомити про це принципала і передати копії вимоги з усіма документами, що стосуються вимоги.

Гарант повинен розглянути вимогу бенефіціара з доданими до неї документами в зазначений у гарантії строк, а в разі відсутності його — у розумний строк і виявити розумну дбайливість, щоб установити, чи відповідає ця вимога та додані до неї документи умовам гарантії.

Відмовитися від задоволення вимог бенефіціара гарант має право у разі, якщо вимога чи додані до неї документи не відповідають умовам гарантії або якщо вони подані гарантові після закінчення визначеного в гарантії строку.

У такому випадку гарант повинен негайно повідомити бенефіціара про відмову задовольнити його вимогу.

Якщо гарантові до задоволення вимоги бенефіціара стало відомо, що основне зобов'язання, забезпечене гарантією, повністю чи у відповідній частині вже виконано або

припинилося з інших підстав, або є недійсним, він повинен повідомити про це бенефіціара і принципала.

Однак одержана гарантом після такого повідомлення повторна вимога бенефіціара підлягає задоволенню гарантом.

Що стосується обсягу відповідальності гаранта, то передбачене гарантією зобов'язання обмежується сплатою суми, на яку видано гарантію.

У разі виплати бенефіціарові відповідної суми, зазначеної у гарантії, гарант має право зажадати від принципала в порядку регресу відшкодування сум, сплачених за гарантією, якщо інше не передбачено угодою гаранта з принципалом.

Гарант не має права вимагати від принципала відшкодування сум, сплачених бенефіціарові не відповідно до умов гарантії або за порушення зобов'язання гаранта перед бенефіціаром, якщо угодою гаранта з принципалом не передбачено інше.

Підставами для припинення гарантії визнаються:

- 1) сплата бенефіціарові суми, на яку видано гарантію;
- 2) закінчення визначеного в гарантії строку, на який її видано;
- 3) відмова бенефіціара від своїх прав за гарантією і повернення її гарантові;
- 4) відмова бенефіціара від своїх прав за гарантією за допомогою письмової заяви про звільнення гаранта від його зобов'язань.

Такими є основні положення проекту ЦК України про гарантію як самостійний спосіб забезпечення зобов'язання.

В літературі зазначається, що оновлена гарантія може розглядатися як один з надійніших способів, які гарантують права кредиторів. Саме це може зробити гарантію чи не найбільш привабливим для кредиторів способом забезпечення виконання зобов'язань і стати підставою для широкого застосування її в майбутньому, в тому числі в комерційному обороті¹.

§ 3. Речово-правові способи забезпечення виконання зобов'язань

Застава

Підстави виникнення застави. Сторони заставних правовідносин. Історичний досвід розвитку інституту застави свідчить, що існує кілька підстав виникнення застави: 1) договір; 2) закон; 3) судові рішення; 4) заповіт. Дві останні підстави не є характерними для нашої держави, і тому до підстав виникнення застави Закон України "Про заставу" (ст. 1) відносить лише договір та закон.

Застава на підставі закону застосовується незалежно від волі сторін при відповідних

правовідносинах, передбачених у законі. Як приклад можна навести право застави вантажу, що виникає у морського перевізника вантажу згідно із ст. 164 Ко-дексу торговельного мореплавства України² для забезпечення відшкодування витрат, що їх зазнає перевізник під час перевезення вантажу.

Але головним джерелом виникнення заставного права залишається договір, коли для виникнення застави між заставодержателем і заставодавцем має бути досягнуто згоди про встановлення застави. При цьому договір про заставу може бути самостійним, тобто відокремленим від договору, за яким виникає забезпечене заставою зобов'язання. Однак умову про заставу може бути включено і до основного договору, що підтверджує похідний характер застави, закріплений у ч. 3 ст. 3 Закону України "Про заставу".

Похідність впливає з акцесорного (додаткового) характеру договору застави і виявляється у наступному. За загальним правилом, застava може збільшуватися або зменшуватися у сумі залежно від зміни суми основної вимоги. Залежність застави від основної вимоги підтверджується також тим, що визнання недійсності основного зобов'язання тягне за собою і недійсність застави. Крім того, похідність застави тісно пов'язана з тим, що застava завжди слідує долі основного зобов'язання і не має самостійного життя щодо забезпеченої нею вимоги. Задоволення основного зобов'язання автоматично стає підставою для припинення застави (ст. 28 Закону України "Про заставу").

Ще одним виявом принципу похідності застави і залежності її долі від забезпечуваного нею зобов'язання є слідування застави за своїм об'єктом при переході останнього у власність іншої особи (ст. 27 Закону України "Про заставу"). А також, як доречно зазначив А.В.Черних, у тому випадку, якщо заста-ву було встановлено стосовно вимоги, яка може виникнути у майбутньому, невиконання боржником основного зобов'язання має значення лише у разі виконання кредитором-заставодержателем прийнятих на себе за основним зобов'язанням зобов'язань¹.

Відповідно до ст. 3 Закону України "Про заставу" застava може забезпечувати лише дійсну вимогу. Дійсність застави означає, по-перше, те, що нею забезпечуються лише вимоги, які відповідають закону та не погашені за давністю, а по-друге, заставою не може бути забезпечена уявна вимога, вона може забезпечувати лише реально існуючу вимогу. Мається на увазі, що якщо після укладення основного договору позики, забезпеченого заставою певного майна, не відбулося фактичної передачі позики боржникові, то у кредитора не виникає реальної вимоги до боржника.

Законодавство України не містить конкретних видів зобов'язань, виконання яких може бути забезпечене заста-вою. Перелік, викладений у ст. 3 Закону України "Про за-ставу" — договори позики (банківської позички), купівлі-про-дажу, оренди, перевезення вантажів — має відкритий характер, тобто законодавець передбачає, що заставу можна використати майже у будь-якому договорі.

Закон припускає, що застава може встановлюватися сто-совно вимог, які можуть виникнути у майбутньому "за умови, що сторони домовляться про розмір забезпечення заставою таких вимог" (ст. 3 Закону України "Про заставу"). Заставою можуть забезпечуватися і вимоги щодо відшкодування збитків, заподіяних невиконанням або неналежним виконан-ням зобов'язань, хоч такі вимоги можуть і не виникнути, якщо боржник належним чином виконає своє зобов'язання. Єдина умова — сторони мають домовитися про розмір забезпечен-ня заставою таких вимог.

На підставі ст. 19 Закону України "Про заставу" застава за-безпечує вимогу у тому обсязі, який існує на момент задово-лення. Заставою забезпечується основний борг, включаючи відсотки, необхідні витрати заставодержателя по утриманню заставленого майна, відшкодування збитків, завданих прост-рочкою виконання (а у випадках, передбачених договором або законом, — неустойка), а також витрати на здійснення забезпеченої заставою вимоги, якщо інше не передбачено договором застави.

Сторонами договору застави є заставодавець і заста-водержатель. Відповідно до ст. 11 Закону України "Про заставу" сторонами договору застави можуть бути фізичні, юридичні особи та держава. Аналіз цього закону, ЦК України та інших нормативних актів цивільного законодавства дає можливість зробити висновок, що громадяни у заставні правовідносини можуть вступати з 18 років, тобто з виникненням дієздатності у повному обсязі, у тому випадку, якщо вони не визнані недієздатними і не обмежені у дієздатності. Особи, які взяли шлюб до досягнення цього віку, набувають дієздатності у пов-ному обсязі з моменту одруження. Згідно з цивільним зако-нодавством суб'єктами цивільного права з різним обсягом прав та обов'язків можуть бути неповнолітні (до 15 років), частково дієздатні (15-18 років) та особи, визнані судом обмежено дієздатними. Всі названі категорії громадян мо-жуть мати певне майно на праві власності. При цьому питання про те, чи можуть усі вони виступати як сторони за-ставних правовідносин, прямо залежить від обсягу їхньої дієздатності.

Застава майна означає також і надання заставодержате-лю права звертати стягнення

на предмет застави у разі, якщо в момент настання строку виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, воно не буде виконане.

Закон України "Про заставу" (ст. 11) встановлює загальне правило про те, що заставадавець має бути власником майна або особою, якій власник у встановленому порядку передав майно і право його застави.

Аналізуючи положення законів України "Про заставу" та "Про власність" (ст. 37), можна зауважити, що навіть зміни до Закону України "Про заставу", прийняті 25 лютого 1994 р.¹, не внесли ясності до існуючої невизначеності у питанні про те, хто має бути заставадавцем державної власності. У п. 1 ст. 37 Закону України "Про власність" передбачається, що до права повного господарського відання застосовуються правила про право власності, якщо інше не передбачено законодавчими актами України. Якщо б вказаних змін до Закону України "Про заставу" не було, то на підставі того, що повне господарське відання надає підприємству право володіння, користування та розпорядження переданим йому майном, можна було б зробити висновок про те, що державне підприємство могло б самостійно виступати його заставадавцем. Однак відповідно до ч. 4 ст. 11 Закону України "Про заставу" нині це право обмежується тим, що значну частину майна підприємства слід передавати у заставу за згодою і на умовах, узгоджених з органом, уповноваженим управляти відповідним державним майном.

Приблизно така сама схема, як і для державних установ, має діяти при заставі майна орендаром. Оскільки передача майна в оренду не припиняє права власності, власник має право вільно заставляти майно. При цьому не порушуються права орендаря, оскільки ст. 23 Закону України "Про оренду державного майна"¹ передбачено, що при переході права власності до інших осіб (у тому числі і при реалізації застави) договір оренди зберігає силу для нового власника. В той же час, оскільки орендареві належить право власності на виготовлену продукцію і доход (прибуток), що отримані від орендованого майна, а також на інше майно, придбане ним згідно із законом, він має право заставляти його самостійно.

Що стосується застави майна, набутого орендарем за рахунок амортизаційних відрахувань, то відповідь на питання, хто може його заставити, залежить від того, чи передбачено у договорі те, що воно переходить у власність орендаря. Якщо так, то його заставадавцем буде орендар, якщо ні — то власник майна, яке орендується.

Необхідно звернути увагу на те, що заставадавець може бути сам боржник, а також третя особа (майновий поручитель). При цьому відносини між таким заставадавцем і основним боржником можуть мати різну природу і значення для застави не мають. Законодавство не передбачає ніяких обмежень права бути заставадавцем для майнового поручителя, у тому числі немає ніяких обмежень і для того, щоб фізична особа виступила майновим поручителем юридичної особи або навпаки. Необхідною вимогою і в цьому випадку для заставадавця є те, що він має бути власником майна і повинен мати право на його відчуження.

16 вересня 1994 р. державний нотаріус Першої київської державної нотаріальної контори посвідчив договір застави квартири на забезпечення кредитного договору². Заставадавцем виступала третя особа (майновий поручитель) — громадянин А.Л. Чечель, який передав у заставу свою квартиру для забезпечення договору між двома юридичними особами. Вказаний договір застави Радянський районний суд м. Києва безпідставно визнав недійсним

з

. У рішенні було вказано, що договір застави майна фізичної особи під кредит юридичної особи є недійсним, що суперечить чинному законодавству, зокрема ст. 178 ЦК України і ст. 11 Закону України "Про заставу".

Також безпідставні і суперечать законодавству доводи по справі про те, що боржник — юридична особа — не припиняв своєї діяльності, не виключений із реєстру діючих підприємств, не визнаний банкрутом, і те, що заставадержатель не подав претензії юридичній особі, яка отримала кредит, а відразу звернувся з позовом про звернення стягнення на заставлене майно. Справа в тому, що відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону України "Про заставу" заставадержатель набуває права звернення стягнення на предмет застави, якщо на момент настання строку виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, воно не буде виконане.

Ще одна особливість договору застави, в якому бере участь майновий поручитель, передбачена ст. 26 цього закону, за якою, якщо заставадавцем є третя особа, то в разі невиконання зобов'язання, забезпеченого заставою, вона має право його виконати за боржника з метою запобігти зверненню стягнення на предмет застави. Слід погодитися з думкою Ч.Н. Азімова, що це є одним із специфічних випадків переведення боргу. "Специфіка полягає в тому, що третя особа може виконати зобов'язання всупереч бажанням як кредитора, так і боржника. Але це право у неї виникає за умови, що створено реальні передумови звернення стягнення на заставу, тобто на неналежне їй майно"¹.

Предмет застави. Розглядаючи заставні відносини, слід звернути особливу увагу на предмет застави, оскільки він відіграє одну з ключових ролей у визначенні сфери її засто-сування. Це досить чітко відображено на прикладі законодав-ства нашої країни, яке спочатку (під час існування СРСР) різ-ко звузило сферу застави, виключивши з неї іпотеку, а сьогодні значно розширило її. У загальній формі предмет за-стави визначений у ч. 2 ст. 4 Закону України "Про заставу", де йдеться про те, що предметом застави може бути майно, яке відповідно до українського законодавства заставодавець може відчужувати та на яке може бути звернуто стягнення.

Отже можна сказати, що не самі речі, а їхня вартість є осно-вою застави.

Частиною 4 ст. 4 Закону України "Про заставу" прямо передбачено, що предметом застави не можуть бути націо-нальні культурні та історичні цінності, що перебувають у дер-жавній власності і занесені або підлягають занесенню до Дер-жавного реєстру національного культурного надбання. Згідно з Положенням про цей реєстр, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 1992 р. № 466 до Державного реєстру вносяться: пам'ятки історії — будинки, споруди, пам'ятні місця і предмети, пов'язані з найважливі-шими історичними подіями у житті народу, розвитком науки, техніки, культури, життям і діяльністю видатних діячів; пам'ятки архітектури та містобудування; пам'ятки мистецтва і документальні пам'ятки. Всі ці предмети, якщо вони пере-бувають у державній власності, не можуть бути предметом застави.

За чинним законодавством, предметом застави не може бути майно громадян, на яке не можна звернути стягнення за виконавчими документами. Перелік його поданий у додат-ку № 1 до ст. 379 Цивільно-процесуального кодексу України. До переліку входять жилий будинок з господарськими будів-лями або його окремі частини — у осіб, основною діяльністю яких є сільське господарство, якщо боржник та його сім'я постійно у ньому проживають, крім випадків, коли стягується позика, видана банком на будівництво будинку; а також речі, призначені для носіння та предмети побутового вжитку, необхідні боржникові та особам, які перебувають на його утриманні (одяг для кожної особи: одне літнє або осіннє паль-то і т.д.).

Згідно із ст. 5 Закону України "Про приватизаційні папери" заборонено також використовувати приватизаційні папери як заставу для забезпечення платежів або кредитів.

Слід зупинитися на можливості застави об'єктів, які належать до власності народу України. Відповідно до ст. 13 Конституції України такими об'єктами є земля, її надра, повітряний простір, водні та інші природні ресурси, що знаходяться на території України, природні ресурси її континентального шельфу та виключної морської зони. Здається, що ці об'єкти можуть бути предметом застави, однак оскільки народ України здійснює своє право власності на ці об'єкти через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, то ці органи мають бути сторонами у відповідних правовідносинах.

Окреме питання — *застава землі*. Підкреслимо, що проблема реформування земельних відносин досить складна і має багато різних аспектів. Однак, необхідно звернути увагу на ряд моментів, пов'язаних із заставою землі. Важливим недоліком Закону України "Про заставу" є те, що в ньому відсутня окрема регламентація застави землі. Серед спеціальних норм щодо застави землі слід нагадати положення ст. 6 Земельного кодексу України¹ про те, що надана громадянину в власність земельна ділянка може бути об'єктом застави лише за зобов'язаннями з участю кредитної установи. Те саме стосується земельної ділянки, яка передана у власність для ведення сільського (фермерського) господарства (ст. 25 Закону України "Про сільські (фермерські) господарства")² і яка може бути об'єктом застави лише за зобов'язаннями з участю кредитної установи.

Слід зазначити, що законодавство України передбачає існування об'єктів права власності із спеціальним режимом права власності на них, який у свою чергу має враховуватися і при заставі такого майна. Йдеться принаймні про дві групи: 1) майно з особливою культурною цінністю; 2) зброя та спеціальна техніка.

Щодо застави майна, яке становить особливу культурну цінність, відзначимо, що найбільш детально питання здійснення права власності на таке майно вирішене у Законі України "Про Національний архівний фонд та архівні установи"³. Відповідно до ст. 22 цього закону власник володіє, користується та розпоряджається документами Національного архівного фонду з урахуванням обмежень, передбачених цією статтею, які виявляються у наступному.

По-перше, їх не можна знищити.

По-друге, документи, які належать державі, не можуть бути об'єктами купівлі-продажу або інших угод, пов'язаних з передачею права власності (тобто не можуть бути

предметом застави). Стосовно права власності на документи цього фонду, які не належать державі, то вони відчужуються з повідомленням Головного архівного управління при Кабінеті Міністрів України або уповноважених ним архівних установ за умови оформлення новим власником реєстраційного посвідчення. При цьому держава має переважне право на їх придбання.

По-третє, заборонено вивезення цих документів за межі України. Таким чином, договір про заставу документів Національного архівного фонду має укладатися з урахуванням вказаних особливостей.

Законом України "Про власність" встановлено, що законодавством може бути визначений перелік видів майна, яке не може перебувати у власності громадян, громадських організацій, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав. Цей перелік затверджений Постановою Верховної Ради України "Про право власності на окремі види майна"¹ від 17 червня 1992 р. з наступними змінами та доповненнями. Відповідно до цієї постанови не можуть перебувати у власності вказаних суб'єктів: зброя та боєприпаси (крім мисливської, пневматичної та спортивної зброї та боєприпасів до неї); бойова та спеціальна військова техніка; бойові отруйні речовини; наркотичні, психотропні сильнодіючі отруйні лікарські засоби (крім отриманих громадянами за призначенням лікаря) та деякі інші речі. У додатку № 2 до вказаної постанови закріплено спеціальний порядок набуття права власності на окремі види майна. У цьому переліку — мисливська, пневматична та спортивна зброя, об'єкти, що перебувають на державному обліку як пам'ятки історії та культури, радіо-активні речовини. Ці об'єкти можуть бути предметом застави лише з урахуванням вказаних обмежень на здійснення прав власності на них.

Відповідно до ч. 3 ст. 4 та ст. 5 Закону України "Про заставу" предметом застави можуть бути як речі, так і їх невіддільні плоди, якщо інше не передбачено договором. При цьому наступний урожай та приплід від тварин безпідставно віднесені не до плодів, а до інших прибутків.

Предметом застави може бути і майно, яке перебуває на праві спільної власності. У зв'язку з тим, що для спільної власності характерне здійснення права власності щодо неї в цілому рівною мірою кожним учасником, то для її відчуження необхідна згода всіх учасників. Тому майно, яке перебуває у спільній власності, може бути предметом застави лише за згодою всіх співвласників. За ст. 6 Закону України "Про заставу", майно, яке перебуває у спільній частковій власності (частки, паї), може бути самостійним предметом застави за умови виділення його в натурі.

Говорячи про заставу вимог, відзначимо, що предметом застави може бути лише відчужувана вимога. До невідчужуваних, невіддільних від особи вимог, які з цих причин не можуть бути предметом застави, належать, наприклад, вимоги потерпілого від каліцтва до особи, яка спричинила каліцтво, про відшкодування шкоди; вимоги, що виникають із спадкових прав. Однак, здається, що немає перешкод для того, щоб самі перелічені вимоги були б забезпечені заставою. Зокрема, допускається забезпечення таких невід'ємних від особи вимог, як право на аліментне забезпечення.

Відповідно до ст. 4 Закону України "Про заставу" предметом застави можуть бути майнові права. Слід окремо зупинитися на можливості застави авторських прав. Іноді у літературі зустрічається твердження, що ці права можуть бути предметом застави¹. Однак, на наш погляд, прихильники цієї точки зору не враховують того, що суб'єктивні права автора поділяються на два види — особисті та майнові. Особистими правами автора є право на авторство, право на авторське ім'я, право на опублікування свого твору та на його недоторканність. Ці права невідчужувані і відповідно не можуть бути предметом застави.

Заставленими можуть бути майнові авторські права, тобто право на винагороду за створення та використання твору, право на відшкодування збитків, які завдані незаконним використанням твору. Слід зазначити, що невідчужуваність прав може встановити законодавство.

Форма та зміст договору застави. Припинення застави. Аналіз Закону України "Про заставу" дає можливість зробити висновок, що договір про заставу є двостороннім, який вступає в силу, за загальним правилом, з моменту укладення договору. Коли договір підлягає нотаріальному засвідченню — з моменту нотаріального оформлення, якщо предмет застави відповідно до Закону або договору повинен знаходитися у заставодержателя — з моменту передачі йому предмета застави, а якщо предмет передано до укладення договору — з моменту його укладення. Застава цінних паперів може відбуватися шляхом передачі їх заставодержателю чи на депозит нотаріальної контори або банку. Моментом вступу в силу договору в останньому випадку є передача цінних паперів вказаним організаціям.

Відповідно до ст. 12 Закону України "Про заставу", за загальним правилом, у договорі застави має бути вказано на йменування (прізвище, ім'я та по батькові), місцезнаходження (місце проживання) сторін, суть забезпеченої заставою вимоги, її

розмір та строк виконання забезпеченого зобов'язання, опис предмета застави. Також у договорі застави можуть міститися й інші умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Договір застави вимагає письмової форми, яка може бути простою і нотаріальною. Коли предметом застави є нерухоме майно, транспортні засоби, космічні об'єкти, договір має бути нотаріально посвідчений на підставі відповідних правоустановчих документів. Посвідчення застави нерухомого майна відбувається у нотаріальних органах за місцезнаходженням цього майна, договір застави транспортних засобів та космічних об'єктів — за місцем реєстрації їх. Законодавством України можуть бути передбачені й інші випадки нотаріального посвідчення застави. Сторони здійснюють нотаріальне посвідчення застави і тоді, коли це не є обов'язковим, але на цьому наполягає один із контрагентів.

Аналіз ст. 14 Закону України "Про заставу" дає можливість зробити висновок, що недодержання нотаріального оформлення тягне за собою недійсність угоди з наслідками, які передбачені ст. 48 ЦК України. Тобто встановлено, що при недійсності угоди кожна із сторін зобов'язана повернути іншій стороні все отримане за угодою, а коли неможливо повернути отримане в натурі — відшкодувати його вартість у грошах, якщо інші наслідки недійсності угоди не передбачені Законом. Але ст. 47 ЦК України, яка регулює наслідки недодержання обов'язкової форми угоди, встановлює винятки з цього загального правила: "якщо одна із сторін повністю або частково виконала угоду, а інша сторона ухиляється від нотаріального оформлення угоди, суд має право на вимогу сторони, яка виконала угоду, визнати угоду дійсною. Наступне нотаріальне оформлення не вимагається". Таким чином, заставадавець має право звернутися до суду про визнання угоди дійсною, якщо заставадержатель ухиляється від нотаріального оформлення застави.

Законом "Про внесення змін в Закон України "Про заставу" від 21 жовтня 1997 р. передбачено, що в тому разі, коли предметом застави є рухоме майно, реєстрація застави не пов'язана з моментом виникнення застави. Цим законом замість Книги реєстрації застави запроваджується реєстрація застави рухомого майна в Державному реєстрі застав рухомого майна. При цьому інформація вказаного реєстру є відкритою для всіх юридичних та фізичних осіб. Однак державна реєстрація застави рухомого майна у відповідному Державному реєстрі не є обов'язковою. В новій редакції ч. 3 ст. 15 Закону України "Про заставу" йдеться про те, що застава рухомого майна не повинна, а всього лише може бути зареєстрована в Державному реєстрі. Автори цих змін планують досягнути зацікавленості сторін у реєстрації заяви рухомості не прямою вказівкою закону, що було б у подібній ситуації найкращим шляхом, а за допомогою внесення змін до ст. 18 цього закону.

Суть вказаних змін полягає в тому, що заставодержатель зареєстрованої в Державному реєстрі застави отримує пере-важне право на задоволення своїх вимог з предмета застави порівняно з заставодержателями незареєстрованих застав та тих застав, які були зареєстровані пізніше. На наш погляд, дані доповнення схвалити досить важко, оскільки вони не тільки порушують загальний принцип привілею права першого заставодержателя порівняно з наступними заставодержателями — так званий принцип старшинства застав, а й значно ускладнюють становище заставодержателя, особливо того, який став заставодержателем до вступу в силу вказаної норми.

З моменту укладення договору між його сторонами виникає ряд взаємних прав та обов'язків, які можна поділити на дві групи: 1) права та обов'язки, що є загальними для всіх видів застави; 2) права та обов'язки, що залежать від виду застави.

Щодо прав та обов'язків, які загальні для всіх видів застави, детальніше слід зупинитися на можливості розпоряджатися предметом застави та наступної застави (перезастави) пред-мета застави.

Відповідно до ст. 17 Закону України "Про заставу" заставо-давець зберігає право розпорядження заставленим майном, якщо інше не встановлено законом чи договором. Однак обмеження, що накладаються на право заставодавця по роз-порядженню предметом застави, цим не вичерпуються. Вже в ч. 2 цієї статті право розпорядження заставленим майном серйозно обмежується — заставодавець може відчужувати заставлене майно тільки за згодою заставодержателя за умови переходу до нового заставодавця основного боргу, який забезпечений заставою. Крім того, заставодавець при продажу заставленого майна повинен попередити покупця про те, що майно заставлене, оскільки за правом слідування застава слідує за річчю. Цей обов'язок продавця базується не лише на вищезгаданому законі, а й на ст. 229 ЦК України, відповідно до якої при укладенні договору купівлі-продажу продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на річ, що продається (у тому числі право застави). Невиконання цього правила надає покупцеві право вимагати зменшення ціни або розірвання договору і відшкодування збитків.

Правове становище заставодержателя при цьому також не погіршується, адже у разі невиконання зобов'язання він має право отримати задоволення з вартості заставленого майна незалежно від того, у кого воно перебуває, оскільки застава відповідно до ст. 27 Закону України "Про заставу" зберігає силу і при переході предмета застави у власність

іншої особи. Однак заставадавець втрачає право розпорядження предметом застави в момент виникнення у заставодержателя права звернути стягнення на заставлене майно.

Своєрідним видом розпорядження предметом застави є його наступна перезастава¹. Причому тут також на заставодавця можуть накладатися певні обмеження, які, правда, мають дещо слабший характер, ніж при прямому відчуженні заставленого майна, і сформульовані так (ч. 1 ст. 18 Закону України "Про заставу"): "Наступна застава вже заставленого майна допускається в разі, якщо інше не передбачено законом і попередніми договорами застави".

Головними особливостями перезастави є, по-перше, те, що заставадавець зобов'язаний повідомити кожного із заставодержателів про всі попередні застави та про характер і розмір забезпечених цими заставами вимог. Якщо заставадавець не зробив цього, то на нього покладається зобов'язання відшкодувати всі збитки, які виникли внаслідок цього у кого-небудь із заставодержателів; по-друге, те, що при перезаставі діє так зване "право старшинства", тобто правило, за яким вимоги заставодержателя, у якого право застави виникло пізніше, задовольняються з вартості предмета застави після повного забезпечення вимог попередніх заставодержателів. З цього загального правила Законом України "Про внесення змін в Закон України "Про заставу" від 21 жовтня 1997 р. встановлено такий виняток: "Якщо предметом застави є рухоме майно, заставодержатель зареєстрованої застави має переважне право на задоволення вимог із заставленого майна перед заставодержателями незареєстрованих застав і заставодержателями застав, які зареєстровані пізніше".

Принципове значення для характеристики застави мають підстави її припинення і способи реалізації заставного права. Стаття 28 Закону України "Про заставу" встановлює, що право застави припиняється в разі: 1) припинення забезпеченого заставою зобов'язання; 2) загибелі заставленого майна; 3) набуття заставодержателем права власності на заставлене майно; 4) примусового продажу заставленого майна; 5) закінчення строку дії права, яке становить предмет застави. Хоч перелік підстав припинення застави, які передбачені в цій статті є вичерпним, однак неможливо забувати, наприклад, виконати зобов'язання зарахуванням. Можливі й інші законні способи припинення застави.

Оскільки застава має акцесорний характер щодо забезпечуваного нею зобов'язання, то виконання або припинення останнього веде до автоматичного припинення права застави, адже застава завжди встановлюється з метою забезпечити певну вимогу. При частковому виконанні боржником забезпеченої заставою вимоги, застава зберігається в

пов-ному обсязі. Ця вимога — прямий наслідок дії принципу неподільності предмета застави. Зазначимо, що припинення права застави при загибелі заставленого майна і при переході права власності на предмет застави до заставодержателя є наслідком речового характеру застави.

Однак найактуальнішою підставою припинення заставних правовідносин є звернення стягнення на об'єкт застави. Значення цієї підстави визначається, по-перше тим, що саме від неї фактично залежить ефективність та застосовність застави, оскільки "суть застави полягає в тому, що заставодержатель у разі невиконання боржником своїх зобов'язань дістає можливість задовольнити свої вимоги за рахунок заставленого майна"¹. А саме речове забезпечення вимоги, як ефективніше порівняно з особистим забезпеченням, може бути по-справжньому втілено тільки за наявності простого та діючого механізму реалізації застави. По-друге, його можна розглядати як своєрідний "фінал заставних правовідносин, що стоїть за часом від моменту виникнення максимально далеко порівняно з усіма іншими підставами припинення застави і тим самим найповніше відтворює модель заставних правовідносин"².

Говорячи про примусовий продаж заставленого майна як про підставу припинення застави, зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону України "Про заставу" заставодержатель набуває права звернути стягнення на предмет застави, якщо в момент настання строку виконання зобов'язання, що забезпечене заставою, воно не буде виконано, якщо інше не передбачено законом або договором.

Даючи загальну характеристику механізму реалізації застави, підкреслимо, що на підставі законодавства цей процес проходить за два етапи. Перший, передбачений ч. 6 ст. 20 цього закону і полягає в тому, що спочатку заставодавцю необхідно отримати відповідне рішення судового органу, якщо інше не встановлено законом чи договором. Посилання на закон сьогодні фактично не має ніякого значення, оскільки спеціальних законів, які встановлюють позасудовий порядок звернення стягнення поки що немає. Можливість же встановити порядок звернення стягнення на предмет застави в самому договорі застави, яка запроваджена Законом України від 21 жовтня 1997 р., безумовно спрощує процедуру задоволення вимог заставодержателя, однак саме внаслідок свого договірного характеру веде до того, що як тільки ця умова перестане задовольняти сторони, його реалізація буде досить проблематичною. Вказаний закон чітко встановив, що звернення стягнення на заставлене майно державного підприємства (підприємства, не менше як 50 відсотків акцій (часток, паїв) якого перебуває в державній власності) здійснюється тільки за рішенням суду чи арбітражного суду.

Допускається також звернення стягнення на заставлене майно в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріальних органів у випадках, спеціально передбачених законодавством України (постанова Ради Міністрів України від 12 жовтня 1976 р. № 483 з наступними змінами та доповненнями). З аналізу цієї постанови випливає висновок про те, що реалізація заставного права на підставі виконавчого напису нотаріуса можлива тільки в тому разі, якщо відповідний договір про заставу був нотаріально посвідчений. Для отримання виконавчого напису надається оригінал нотаріально посвідченого договору та документ, що встановлює прострочення виконання. Таким чином, на першому етапі, якщо відсутнє добровільне виконання заставодавцем своїх зобов'язань перед заставодержателем, останній повинен отримати як підставу для реалізації застави виконавчий лист, виданий на основі рішення суду чи третейського суду, чи на-казу, який виданий на підставі рішення арбітражного суду, або виконавчий напис нотаріуса.

Другий етап реалізації прав заставодержателя — звернення стягнення на заставлене майно здійснюється відповідно до ч. 7 ст. 20 та ст. 21 Закону України "Про заставу", згідно з якими його реалізація проводиться судовим виконавцем на підставі виконавчого листа або наказу арбітражного суду, або виконавчого напису нотаріальних органів, якщо інше не передбачено цим законом або договором. При зверненні стягнення на майно державного підприємства (відкритого акціонерного товариства, створеного в процесі корпоратизації, всі акції якого перебувають у державній власності) реалізацію заставленого майна здійснює на тих самих підставах відповідний орган приватизації.

Сама реалізація заставленого майна проводиться з аукціонів (публічних торгів), якщо інше не передбачено договором, а державних підприємств і відкритих акціонерних товариств, створених у процесі корпоратизації, всі акції яких перебувають у державній власності, — тільки з аукціонів (публічних торгів). Якщо аукціон (публічні торги) не відбувся, то заставодержатель за згодою заставодавця може залишити заставлене майно у себе. Коли заставодавець такої згоди не дав, заставлене майно реалізується у встановленому порядку, якщо інше не передбачено договором¹.

Певні особливості має реалізація заставлених валютних цінностей (відбувається в порядку, встановленому валютним законодавством) і реалізація заставлених прав. Відповідно до ст. 23 Закону України "Про заставу" при заставі майнових прав реалізація предмета застави проходить шляхом уступки заставодавцем заставодержателю вимоги, яка впливає із заставленого права. Заставодержатель набуває права вимагати в судовому порядку переведення на себе заставленого права в момент виникнення права звернення стягнення на предмет застави.

Види застави. Після завершення аналізу загальних положень заставного права наступним кроком у його вивченні має стати детальніше дослідження його окремих видів, оскільки, по-перше, для кожного виду характерні свої особливості правового регулювання, а, по-друге, ті самі загальні положення саме й виявляються через конкретні види застави.

Слід зазначити, що в законі спеціальної статті про види застави немає. В той же час поняття про загальні підходи українського законодавця до поділу застави на окремі види можна отримати із структури Закону України "Про заставу". Проаналізувавши його, можна зробити висновок про те, що Закон як самостійні види застави виділяє: 1) іпотеку; 2) заставу товарів в обороті або у переробці; 3) заклад; 4) заставу майнових прав; 5) заставу цінних паперів. Безумовно, що така класифікація видів не зовсім досконала і досить умовна, але вона практично здатна, оскільки дає можливість отримати уявлення про особливості правового регулювання зазначених видів застави.

Відповідно до ст. 30 Закону України "Про заставу" *іпотекою* визнається заставка землі, нерухомого майна, при якій земля та (або) майно, що становить предмет застави, залишається у заставодавця або третьої особи. При цьому в ст. 31 предметом застави називається майно, що пов'язане із землею — будинок, споруда, квартира, підприємство (його структурні підрозділи) як цілісний майновий комплекс, а також інше майно, що віднесене законодавством до нерухомого. Предметом іпотеки може бути також земельна ділянка, що перебуває у власності громадянина, та багаторічні насадження.

Крім того, в розділ "Іпотека" цього закону входить ст. 39 "Застава транспортних засобів та космічних об'єктів", у якій йдеться про те, що заставка транспортних засобів і космічних об'єктів, які залишаються у володінні заставодавця, здійснюється в порядку, передбаченому розділом II Закону. Таким чином, із змісту цієї статті випливає, що транспортні засоби і космічні об'єкти, хоч і не визнаються нерухомістю, однак їх заставка відбувається за правилами іпотеки.

Зазначимо, що Закон України "Про заставу" (ст. 38), передбачивши можливість застави земельних ділянок, на жаль визначив лише два питання. По-перше, ст. 31 встановлює,

що предметом іпотеки можуть бути також належні громадянам на праві приватної власності земельні ділянки, по-друге, ст. 37 передбачає, що при іпотеці будинку чи споруди предметом застави разом з ним є також і право на користування земельною ділянкою, на якій розташовані вказані об'єкти. Цього явно недостатньо, і тому одним з головних напрямків розвитку заставного законодавства має стати вдосконалення норм про іпотеку земельних ділянок.

Аналізуючи іпотеку нерухомого майна, відзначимо, що згідно із ст. 31 Закону України "Про заставу" предметом іпотеки може бути майно, пов'язане із землею (тобто нерухоме) — будинок, споруда, квартира, підприємство (його структурні підрозділи) як цілісний майновий комплекс, та інше майно, віднесене законодавством до нерухомого. В свою чергу за основним призначенням предметів нерухомості розрізняють: 1) іпотеку жилих будинків, квартир, дач, при-садибних будинків, гаражів; 2) іпотеку підприємств, будівель, споруд та інших виробничих об'єктів.

В цілому можна відмітити, що включення у сферу іпотеки можливості іпотеки підприємства, безумовно, явище позитивне. При цьому встановлено, що, якщо інше не передбачено законом або договором, іпотека підприємства поширюється на все його майно, в тому числі на основні фонди та оборотні засоби, а також інші цінності, які відображені в самостійному балансі підприємства. Отже можна зробити висновок, що відповідно до Закону України "Про заставу" під майновим комплексом підприємства (його структурного підрозділу) можна розуміти все майно підприємства, в тому числі його основні фонди і оборотні засоби, а також інші цінності, які відображені в балансі підприємства¹.

Далі слід відзначити, що в заставних правовідносинах підприємство може бути як суб'єктом, так і об'єктом правовідносин. При цьому ми погоджуємося з І.Н. Кучеренко в тому, що "підприємство не може виступати в цивільному праві як суб'єкт правових відносин. Цю функцію виконує суб'єкт цивільних відносин — юридична особа"². Таким чином, коли підприємство є суб'єктом права застави (заставляє своє майно), воно виступає як юридична особа, а коли воно саме є предметом застави (іпотеки), виступає як майновий комплекс.

При цьому підприємство, як єдине ціле, може виступати тільки як предмет іпотеки, а його заставодавцем виступає власник або уповноважений ним орган. Певною мірою Закон України "Про заставу" розв'язує це питання, встановлюючи, що застава цілісного майнового комплексу державного підприємства та його структурних підрозділів здійснюється з дозволу органу, який уповноважений управляти відповідним державним

майном.

Договір іпотеки встановлює певні права та обов'язки сторін, які характерні саме для іпотеки і пов'язані з особливостями її природи. Так, відповідно до ст. 34 названого закону іпотечний заставодавець має право: володіти і користуватися предметом застави відповідно до його призначення; достроково виконати основне зобов'язання, якщо це не суперечить змісту зобов'язання; передати предмет застави в оренду або реалізувати його з переведенням на набувача основного боргу, забезпеченого заставою. Однак останні два повноваження заставодавець може здійснити лише на підставі письмової згоди заставодержателя.

Разом з тим на заставодавцеві лежить ряд обов'язків. На підставі ст. 35 цього закону він зобов'язаний, якщо інше не встановлено законом або договором, здійснити ряд дій. По-перше, вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави, включаючи проведення поточного та капітального ремонту. По-друге, на період дії договору застрахувати заставлене майно за свій рахунок у повному обсязі і на користь заставодержателя. По-третє, у разі загибелі предмета застави надати аналогічне за вартістю нерухоме майно чи незалежно від настання терміну виконання виконати зобов'язання в повному обсязі. По-четверте, одержувати згоду заставодержателя на вчинення дій, що пов'язані зі зміною права власності на предмет застави.

Відповідними правами, що перелічені в статтях 33 та 36 Закону України "Про заставу" володіє й заставодержатель. Основним з них є право вимагати дострокового виконання забезпеченого іпотекою зобов'язання у разі порушення заставодавцем узятих на себе зобов'язань по зберіганню предмета застави. Однак йдеться не про всі порушення, а лише про ті, що пов'язані з невжиттям заходів по збереженню предмета іпотеки та з відмовою його застрахувати. В цьому випадку заставодержатель має право звернути стягнення на предмет застави. Право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання надається йому, якщо заставодавець відмовляється застрахувати предмет іпотеки. В той же час при такій відмові заставодержатель може застрахувати предмет іпотеки за свій рахунок в інтересах заставодавця з покладаванням на останнього витрат по страхуванню. Заставодержатель може також перевіряти документально і фактично наявність, розмір, стан і умови збереження предмета застави; вимагати від будь-якої особи припинення посягання на предмет застави, яке загрожує втратою або пошкодженням його.

У зв'язку з тим, що іпотека підприємства тягне за собою серйозний фінансовий ризик для кредитора, йому надаються деякі додаткові права, що перелічені в частинах 2 і 3 ст. 38

Закону України "Про заставу". А саме, заставаодавець майно-вого комплексу підприємства зобов'язаний на вимогу заста-водержателя надати йому річний баланс.

Якщо предмет застави втрачено не з вини заставаодержателя і заставаодавець його не відновив або за згодою заста-водержателя не змінив іншим майном такої самої вартості, заставаодержатель має право вимагати дострокового виконання забезпеченого заставою зобов'язання.

Крім того передбачено, що при невиконанні зобов'язання, забезпеченого іпотекою майнового комплексу підприємства, заставаодержатель має право вжити передбачених договором іпотеки заходів щодо оздоровлення фінансового становища підприємства, включаючи призначення своїх представників до керівних органів підприємства, обмеження в праві розпоряджатися виробленою продукцією та іншим майном підприємства. Якщо вказані заходи не дали бажаних результатів, заставаодержатель має право звернути стягнення на майно підприємства, яке перебуває в іпотеці.

Зупинимось на деяких моментах звернення стягнення на предмет іпотеки. В першу чергу, необхідно знову торкнутись іпотеки підприємства. Підкреслимо, що відповідно до ст. 38 Закону України "Про заставу" в договорі іпотеки або прямо в законі може бути передбачено, що майновий комплекс підприємства переходить до заставаодержателя. При цьому остаточна оцінка предмета іпотеки визначається на момент переходу майнового комплексу підприємства за згодою заставаодавця та заставаодержателя, а при виникненні спору — за рішенням судових органів.

Слід звернути увагу на таку обставину, пов'язану з іпотекою підприємств. А.В. Черних висловив думку про те, що, оскільки в цьому випадку реалізується майно як сукупність речей, прав та обов'язків, складається ситуація, коли новий власник разом з майновим комплексом підприємства набуває і обов'язку передачі прибутку від його діяльності підприємствам засновникам¹. На нашу думку, з цим не можна погодитись з таких причин. При переході права власності на підприємство відбувається перехід прав засновників на прибуток до нового власника, а засновники, як попередні власники підприємства, отримають різницю між виручкою від реалізації підприємства і сумою боргу.

Необхідно взяти до уваги звернення стягнення на квартиру чи жилий будинок² або, інакше кажучи, можливість самостійного використання заставаодержателем житлового приміщення після звернення на нього стягнення і наступного виселення з такого

приміщення заставодавця, членів його сім'ї, інших осіб, що мають право користуватися відповідними приміщеннями

з

. На нашу думку, при цьому слід враховувати такі обставини.

По-перше, оскільки невиконання основного зобов'язання веде до зміни власності на предмет застави (в даному випадку — квартиру), то у разі, коли користування нею впливає з права власності, воно повинно припинитися. Однак за договором іпотеки жилого приміщення може бути передбачено, що якщо вказане приміщення є єдиним місцем проживання для власника, то він може зберегти за собою право користування цим приміщенням на основі договору найму.

По-друге, якщо право користування жилим приміщенням ґрунтується не на праві власності, а на інших підставах (договір найму), то при зміні власника жилого приміщення новий власник права автоматично виселяти осіб, що користуються правом користування жилим приміщенням, не набуває, хоч, безумовно, це значно звужує можливості іпотеки квартир.

Форма договору іпотеки регулюється на основі ст. 32 Закону України "Про заставу", де зазначено, що договір про іпотеку має бути нотаріально посвідчений. При цьому державний нотаріус, якщо це передбачено договором, одночасно із посвідченням договору накладає заборону на відчуження предмета іпотеки. Якщо такий договір посвідчений приватним нотаріусом, підставою для накладення державним нотаріусом заборони є повідомлення приватного нотаріуса про посвідчення ним договору, яким передбачається накладення заборони відчуження.

Ще одним видом застави із залишення майна у заставодавця є *застава товарів в обороті або*

у переробці

.
В результаті свого розвитку застава товарів в обороті або у переробці набула кількох основних ознак, які дають можливість виділити її як самостійний вид застави. Цими ознаками є такі. По-перше, це те, що предмет застави залишається у заставодавця. По-друге, заставодавець має право змінювати склад і натуральну форму предмета застави, оскільки замість індивідуально-визначеної речі предметом застави є речі, визначені родовими ознаками. По-третє, специфічними умовами договору товарів в обороті або у переробці є визначення у ньому родових ознак предмета застави, його

загальної вартості і, як правило, місця в якому він знаходиться. По-четверте, з одного боку, майно перестає бути предметом застави як тільки воно виходить з володіння заставодавця, а з друго-го, — нове майно заставодавця, яке підпадає під родову характеристику предмета застави, що потрапляє у володіння заставодавця, стає предметом застави в рамках його вартості. По-п'яте, якщо в договорі визначено місцезнаходження предмета застави, то майно виключається з предмета застави і включається до його складу і в тому разі, коли змінюється його місцезнаходження.

Відповідно до ст. 40 Закону України "Про заставу" встановлюється, що предметом застави товарів в обороті або в переробці може бути сировина, напівфабрикати, комплектуючі вироби, готова продукція. При цьому ст. 43 передбачає, що при відчуженні заставлених товарів заставодавець зобов'язаний замінити їх іншими товарами такої самої або більшої вартості. Зменшення вартості заміненних товарів допускається тільки у випадках, коли це здійснено за домовленістю сторін щодо погашення частки початкової заборгованості. Підкреслимо, що серед обов'язкових умов договору про заставу товарів в обороті або у переробці ст. 41 цього закону передбачає необхідність визначення у договорі виду товару, інших його родових ознак, а також видів товарів, якими може бути замінений предмет застави.

Виходячи з цього, можна зробити такий висновок про предмет застави. По-перше, слід визначити загальну вартість предмета застави, яка може бути зменшена лише при зменшенні основного зобов'язання. По-друге, заставодавцеві надано право в межах цієї загальної вартості змінювати натуральну форму застави, оскільки йдеться про заставу речей, визначених родовими ознаками, наприклад, коли договір кредиту забезпечується заставою в одну тонну цукру. Отже, не має значення, де вироблений цей цукор — у Полтавській чи Вінницькій області. Однак виникає питання, чи можна у випадку, якщо предметом застави товару в обороті є коксоване вугілля замінити його на буре, зберігаючи загальну вартість предмета? Іншими словами, в договорі варто також визначити межі зміни складу і натуральної форми предмета застави.

Склад заставленого майна — це сукупність його кількісних та якісних характеристик, яким, як правило, властиве використання метрологічних одиниць ваги, об'єму, довжини і т.д., тобто тонн, кубічних метрів, кілометрів. Якісна характеристика визначається або на основі встановлених стандартів, або за згодою сторін. Зміна складу заставлених товарів означає фізичну заміну одного товару на інший. При цьому кількість та якість змінюватися не можуть. Тобто новий товар повинен мати аналогічні характеристики. Таким чином, у нашому прикладі заміна коксованого вугілля на буре сама по собі без спеціального застереження в договорі про допустимість такої заміни можлива тільки в тому рідкісному випадку, коли предмет застави визначено без конкретної вказівки на кількість і вид вугілля за формулою "вугілля вартістю X грн."

Тому склад предмета договору застави в обороті і можливість його заміни на інші види товарів при укладенні до-говору мають бути застережені дуже детально. Така сама вимога стосується і договору застави в переробці, але тут слід мати на увазі, що в процесі переробки товару його кількісні та якісні характеристики змінюються. Цю особливість слід враховувати в договорі.

Отже, розглядаючи заставу товарів в обороті або пере-робці, неможливо не звернути увагу на динамічність предме-та застави, тобто необхідність врахування того, що сам по собі предмет застави перебуває не у статичному положенні, а у постійній зміні. Саме така динамічність предмета застави товарів в обороті чи переробці дає можливість спростувати висловлену в літературі думку, що цей вид застави харак-теризується тим, що при його використанні не додержується ¹¹таке важливе положення заставного права, як те, що заста-ва зберігає силу при переході права власності від заставодав-ця до другої особи" ¹. Однак справа тут у тому, що при заставі товарів в обороті чи переробці застava зберігає свою силу і для нового власника, але йдеться не про власника окремої одиниці товару, а власника предмета застави в цілому.

Ще однією властивістю застави товарів в обороті чи пере-робці є значна роль місцезнаходження предмета застави. Ця роль визначається тим, що при заставі товарів в обороті чи переробці внаслідок того, що предметом застави є не індивідуально-визначена річ, а майно, визначене родовими ознаками, важливе значення має момент виникнення за-ставного права.

Значення цього моменту виникнення заставного права визначається тим, що реалізовані заставодавцем товари перестають бути предметом застави з моменту вручення їх набувачеві або транспортній організації для відправлення на-бувачеві чи передачі на пошту для пересилки набувачеві, а набуті заставодавцем товари, передбачені в договорі за-стави, стають предметом застави з моменту виникнення на них права власності. Однак, якщо раніше ми підкреслювали, що недостатня визначеність предмета застави обмежує права заставодержателя, то невизначеність місця зберігання ставить у невідгідне становище заставодавця, оскільки будь-яке його майно, що збігається за видовими ознаками з пред-метом застави, може бути включене до його складу і ста-новитиме предмет застави. І тому кращим способом забез-печення визначеності предмета застави товарів в обороті чи переробці є точна вказівка його місцезнаходження.

Як правило, основним критерієм розподілу застави на самостійні види є володіння предметом застави. Якщо таким володільцем є заставодержатель, то така застава називається закладом.

Відповідно до ст. 44 Закону України "Про заставу" під *закладом* розуміють заставу рухомого майна, при якій майно, що становить предмет застави, передається заставодавцем у володіння заставодержателя. Це визначення звертає на себе увагу тим, що обмежує предмет закладу тільки рухомим майном.

Аналізуючи заклад, можна виділити дві його основні особливості. Перша з них полягає в тому, що при закладі відбувається передача предмета застави у володіння заставодержателя. Однак передача предмета застави у володіння не завжди означає його буквально передачу заставодержателю. Згідно з положеннями ч. 2 ст. 44 згаданого закону за угодою між заставодержателем і заставодавцем предмет застави може бути залишений у заставодавця під замком та печаткою заставодержателя (тверда застава). Отже індивідуально-визначена річ може бути залишена у заставодавця з накладенням знаків, які засвідчують заставу. Таким чином, по тому, де перебуває предмет застави виділяють звичайний заклад і твердий заклад. Твердий заклад характеризується тим, що предмет застави залишається у заставодавця, однак встановлюються спеціальні позначення, що свідчать про те, що предмет заставлений. Відмінності між цими двома видами закладу полягають у тому, що до твердого закладу застосовуються всі правила звичайного закладу, якщо це не суперечить суті відносин заставодержателя із заставодавцем при такій заставі.

Друга особливість закладу полягає в тому, що оскільки предмет застави передається заставодавцеві, у нього виникає можливість користуватися заставленим майном (крім випадків твердої застави). Однак ця можливість не має характеру "автоматичної презумпції", її ще потрібно реалізувати, і тому ст. 46 Закону України "Про заставу" встановлює, що заставодержатель має право користуватися предметом закладу тільки у тому разі, якщо це передбачено договором.

У зв'язку з тим, що предмет закладу передається у володіння заставодержателя, закон більшу увагу приділяє законодавчому закріпленню його прав та обов'язків. Цим питанням присвячені статті 45, 46 та 48 названого закону. Оскільки предмет застави при закладі переходить у володіння заставодержателя, головним його обов'язком є належне збереження і вжиття необхідних заходів для збереження заставленого майна. Заставодержатель також зобов'язаний страхувати предмет закладу в обсязі його вартості за рахунок та в інтересах заставодавця, сплачувати податки та збори, пов'язані

з володінням заставленою річчю. Заставодержатель повинен негайно повідомити заставодавця про виникнення загрози загибелі, зменшення вартості чи пошкодження майна. При цьому засобом захисту інтересів заставодержателя від можливої недобросовісності заставодавця є правило про те, що якщо загроза виникла не з його вини, він має право вимагати заміни предмета закладу, а в разі відмови заставодавця виконати цю вимогу може достроково звернути стягнення на предмет закладу.

З можливістю заставодержателя користуватися предметом застави пов'язана друга група його обов'язків. Встановлено, що коли користування предметом застави пов'язано з отриманням доходів, то такі доходи спрямовуються на покриття витрат на утримання предмета закладу, а також зараховуються у рахунок погашення відсотків по боргу, забезпеченого закладом зобов'язання або самого боргу, зокрема позики. При цьому, оскільки власником речі продовжує залишатись заставодавець, слід погодитись з Є.І. Колюшиним у тому, що розподіл названих доходів не може бути предметом угоди сторін. З вказаного випливає обов'язок заставодержателя регулярно надсилати заставодавцеві звіт про користування предметом закладу і право заставодавця у будь-який час вимагати припинення застави та (або) достроково виконати забезпечене закладом зобов'язання, якщо заставодержатель зберігає або використовує предмет закладу неналежним чином.

Ще однією особливістю закладу, пов'язаною з тим, що його предмет перебуває у володінні заставодержателя, є те, що заставодержатель відповідає за втрату, недостачу або пошкодження предмета закладу, якщо не доведе, що така втрата, недостача або пошкодження виникли не з його вини.

Якщо заставодержателем є ломбард або інша організація, для якої надання кредитів громадянам під заклад є предметом її діяльності, то їх відповідальність ще вища. Ці організації звільняються від відповідальності, якщо доведуть, що втрата, недостача або пошкодження предмета закладу сталися внаслідок непереборної сили. Тому заставодержатель зобов'язаний довести наявність обставин, які є необхідними і достатніми для його звільнення від відповідальності за втрату, недостачу або пошкодження предмета застави.

Однією з найважливіших новел цивільного законодавства, передбачених Законом України "Про заставу", є запровадження або скоріше рецепція застави прав.

Природа застави *прав* досить складна і теоретично уразлива. Л. Кассо пропонував вважати заставу вимоги умовною цесією на користь заставного кредитора

1

.З цим можна пого-дитись, оскільки вказана схема точно описує характер право-відносин між заставодавцем (квазіцедентом) і заставодержателем (квазіцесіонарієм), але погано узгоджується із загальною моделлю застави як акцесорного зобов'язання, що створює водночас і речово-правовий зв'язок. Тому доводиться вводити згадану раніше, при розгляді природи застави фікцію їх речовості .

За змістом розділу V "Застава майнових прав" Закону України "Про заставу" предметом застави можуть бути тільки майнові права. Відповідно до ст. 49 цього закону заставодавець може укласти договір застави як належних йому на момент укладення договору прав вимоги за зобов'язаннями, у яких він виступає кредитором, так і тих, що можуть виникнути в майбутньому. При цьому слід мати на увазі положення ст. 4 названого закону про те, що предметом застави не можуть бути вимоги особистого характеру, а також інші вимоги, за-става яких забороняється законом. Необхідно взяти до уваги також, що майнові права можуть мати строковий характер. Наприклад, майнові права, що виникли з патенту на промисловий зразок, існують 10 років (на прохання власника патенту строк його дії може бути подовжений Держпатентом України, але не більше ніж на 5 років). Такі права вимоги, що належать заставодавцеві, можуть бути предметом застави тільки до закінчення строку його дії. Крім того, оскільки в договорі має бути вказана особа, яка є боржником щодо заставодавця (видавництво, патентонабувач і т.д.), предметом застави можуть бути тільки такі майнові права, при заставі яких відомий боржник.

При заставі прав, якщо інше не передбачено договором, на основі ст. 50 Закону України "Про заставу" заставодавець зобов'язаний: виконати дії, необхідні для забезпечення дійсності заставленого права; не поступатися заставленим правом; не виконувати дій, що можуть призвести до припинення заставленого права або зменшення його вартості; захищати заставлене право від третіх осіб; надавати заставодержателю відомості про зміни в заставленому праві, про його порушення третіми особами та про домагання третіх осіб на це право. Якщо заставодавець не виконує цих вимог, заставодержатель має право вимагати у судовому порядку переведення заставленого права на себе. Крім того, заставодержатель може вступати у справу як третя особа в судовому спорі в якому розглядається позов про заставлене право, а також самостійно вживати всіх заходів, необхідних для захисту заставленого права проти порушень з боку третіх осіб.

Стаття 52 Закону України "Про заставу" встановлює, що у випадку, коли боржник заставодавця до виконання останнім зобов'язання, забезпеченого заставою, виконає своє зобов'язання, все одержане при цьому заставодавцем стає предметом застави,

про що заставадавець зобов'язаний негайно повідомити заставодержателя. При одержанні від свого боржника в рахунок виконання зобов'язання грошових сум заставадавець зобов'язаний на вимогу заставодержателя перерахувати відповідні суми на рахунок виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, якщо інше не передбачено договором застави.

Своєрідним видом застави прав є застава *цінних паперів*. На основі ст. 53 Закону України "Про заставу" застава век-селя чи іншого цінного папера, що передаються індосаментом, здійснюється шляхом індосаменту і вручення заставо-держателю індосованого цінного папера. Застава цінного папера, який не може бути переданий шляхом індосаменту, здійснюється за угодою заставодержателя та особи, на ім'я якої було видано цінний папір. Зазначимо, що якщо законом чи договором не передбачено інше, купонні листки на виплату відсотків дивідендів та інші доходи від зазначеного в цінному папері права є предметом договору застави, якщо вони передані кредитором заставного зобов'язання (ст. 54 Закону України "Про заставу").

Утримання

Інститут утримання відсутній у чинному ЦК України. Однак цей спосіб застосовувався ще за часів дореволюційного російського законодавства. Відомий він і зарубіжному законодавству.

Особливість такого забезпечення виконання зобов'язань, як утримання, полягає в тому, що кредитор має право утримувати річ боржника до виконання ним його зобов'язання безпосередньо. Це право впливає із закону і для того, щоб кредитор міг реально реалізувати право на утримання речі, немає потреби на спеціальну вказівку в договорі.

Однак, як правило, норми про право утримання речі кредитором є диспозитивними, і сторони в своєму договорі можуть заздальгідь або обмежити, або і зовсім виключити право на утримання речі.

Правом утримання може скористатися *зберігач* за догово-ром зберігання, який очікує оплати послуг, пов'язаних із збе-ріганням речі, перевізник за договором перевезення, який не видає вантаж одержувачеві до проведення повного розра-хунку за виконане перевезення, підрядчик, який не пере-дає замовникові виготовлену річ до оплати виконаних робіт тощо.

У проекті ЦК України передбачається серед речово-пра-вових способів забезпечення право утримання речі. Так, відповідно до ст. 615 кредитор, у якого перебувала річ, що її належить передати боржникові або особі, зазначеній боржником, у разі невиконання боржником у строк зобов'я-зання щодо оплати цієї речі або компенсації кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право утримувати цю річ доти, доки відповідне зобов'язання не буде виконано. Утриманням речі можуть забезпечуватися й інші вимоги кредитора, якщо це передбачено в угоді.

Кредитор має право утримувати річ, що перебуває у нього, незалежно від набуття третіми особами прав на неї, якщо ці права виникли після того, як річ потрапила у володіння кредитора.

Однак, беручи річ в утримання, кредитор приймає на себе певні обов'язки. Насамперед кредитор, який утримує річ, зобов'язаний негайно повідомити про це боржника.

На кредитора переходить певний ризик за випадкове по-шкодження або втрату речі, яку він утримує. Він відповідає за втрату, псування або пошкодження утримуваного майна, якщо не доведе, що це сталося внаслідок дії непереборної сили.

Кредитор, утримуючи річ, не набуває права користуватися цією річчю. Таким чином, власником утримуваної речі залишається боржник або за певних умов третя особа. До кре-дитора, який утримує річ і не є її власником, внаслідок утри-мання речі не переходить право власності. Оскільки сам факт утримання речі не змінює статусу власності, боржник, хоч обмежується реалізацією права утримання в своїх право-мочностях (він не може володіти та користуватися річчю), але зберігає можливість розпоряджатися нею. Однак боржник здійснюючи акт розпорядження утримуваною річчю, повинен повідомити набувача речі про факт утримання речі і права кредитора.

Вимоги кредитора, який утримує річ, задовольняються з її вартості в обсязі і порядку, що передбачені для задоволення вимог, забезпечених заставою.

Проте, хоч деякі правила про заставу і застосовуються до відносин щодо утримання речі, право утримання речі за своєю правовою природою значно відрізняється від права застави.

По-перше, підставою виникнення застави є, як правило, договір і, як виняток, пряма вказівка закону. Підставою ж виникнення права утримання визнається перебування у кредитора майна боржника.

По-друге, утримання не несе на собі таку невід'ємну ознаку застави, як право слідування. Навпаки, вибуття майна з фактичного володіння кредитора припиняє право утримання, а тому суб'єкт права утримання, на відміну від заставодержателя при закладі, не наділений правом витребувати предмет утримання у третіх осіб.

По-третє, істотними умовами договору застави є предмет застави та його оцінка, в той час як утримання майна є одно-стороннім правочином, а предмет утримання не індивідуалізується .