

*Кізлова О. С.,*

*д.ю.н., професор*

*кафедри цивільного та господарського права і процесу  
Міжнародного гуманітарного університету*

## ДОГОВІР ЗАСТАВИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ. ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

**Анотація.** Дана стаття присвячена розгляду питань правового регулювання договірних відносин застави за цивільним законодавством України. Аналізується законодавчі положення щодо основних положень договору застави.

**Ключові слова:** договір, застава, цивільне законодавство, умови договору застави.

**Постановка проблеми.** Звертаючись до дослідження інституту застави, незалежно від того, чи йде мова про римське право, чи дореволюційне цивільне право, або ж про сучасні роботи українських цивілістів, ми обов'язково стикаємося з однією дуже важливою проблемою — визначення поняття застави, оскільки дуже складно дотримуватись одного якого-небудь поняття, характеризуючи це явище. В результаті виникає величезна кількість «побічних» понять, які інколи досить складно віднести до застави, хоча на перший погляд в них є характерні межі.

**Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем.** Регламентация застави здійснюється згідно з главою 49 ЦК України, Законами України «Про заставу», «Про іпотеку», «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» тощо.

Згідно зі статтею 572 ЦК, як і в законі України «Про заставу», «в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставадодатцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника», однак тепер у ЦК чітко вказано, що таке переважне право може бути обмежено законом.

Традиційними підставами виникнення застави є договір або закон.

У ЦК України під договором розуміється «домовленість двох або більше сторін, направ-

лена на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків» (ч. 1 ст. 626 ЦКУ).

Коректування даної статті в роботі В. Г. Олюха має певне значення для договору застави, зокрема, мається на увазі, що «визначення договору у новому ЦК України безпідставно звужує його зміст і зводить тільки до консенсуальних договорів, оскільки термін «домовленість» визнати конклюдентними діями<sup>1</sup>, або діями з передачі майна у реальних договорах неможливо. Тому пропонується визначення поняття договору як юридичного факту — це правочин двох чи більше осіб у визначеній законодавством формі, що спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків» [1, 4].

**Викладення основного матеріалу.** Заставна операція, як правило, оформляється письмовими договорами, існують два різновиди письмової форми договору — проста письмова і нотаріальна, а інколи необхідна і його державна реєстрація.

Стаття 577 ЦКУ передбачає нотаріальне посвідчення договору застави і його реєстрацію. Якщо предметом застави є нерухоме майно, а також в інших випадках, встановлених законом, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню. Застава нерухомого майна підлягає державній реєстрації у випадках і в порядку, встановлених законом, застава рухомого майна може бути зареєстрована на підставі заяви заставодержателя або заставодателя із внесенням запису до державного реєстру обтяжень рухомого майна.

У договорі застави визначаються суть, розмір і термін виконання зобов'язання,

<sup>1</sup> Конклюдентні дії — дії особи, що виражають її волевиявлення на встановлення правовідносин, зокрема на укладання, висловлені не у формі усної чи письмової пропозиції, а безпосередньо через поведінку, з якої можна зробити висновки про такий намір, наприклад, умовчання особи, яке розглядається як спосіб вираження волі цієї особи, спрямованої на виникнення прав, чи взяття на себе зобов'язань. Див.: Великий енциклопедичний словник. — С. 377.

забезпеченого заставою, дається опис предмету застави, а також визначаються інші умови, погоджені сторонами договору (ч. 1 ст. 584 ЦКУ).

Право застави виникає з моменту укладення договору застави, а тоді, коли договір підлягає нотаріальному посвідченню — з моменту його нотаріального посвідчення. Якщо предмет застави відповідно до договору або закону повинен знаходитися у володінні заставодержателя, право застави виникає у момент передачі йому предмета застави.

Реальні можливості для підвищення забезпечувальної функції застави на основі договору містяться в подальшому вдосконаленні договірної практики суб'єктів підприємницької діяльності. Окрім Цивільного Кодексу України, регулювання заставних стосунків здійснюється Законом України «Про заставу», в якій договору застави присвячені статті з 11 по 14, що регулюють питання щодо сторін договору застави, його зміст, форму, наслідки недотримання вимог щодо форми договору застави та його нотаріального посвідчення.

Будь-яка із стадій договору застави має значення для подальшого розвитку заставних правовідносин, однак саме звернення стягнення на предмет застави і реалізація предмета застави є найбільш важливими, оскільки саме на них відбувається виконання з вартості предмета застави всіх втрат і витрат кредитора, пов'язаних з порушенням боржником свого зобов'язання.

Підставами для звернення стягнення на предмет застави можуть служити невиконання або неналежні виконання забезпечуваного заставою зобов'язання, у зв'язку з обставинами за яких відповідає боржник.

Як справедливо помічає В. В. Шпаків, оскільки підстава для звернення стягнення на предмет застави не містить порушення договору застави, то доцільно включати в договір застави такі умови: 1) положення, яке передбачає, що факт порушення зобов'язання за договором про заставу означає одночасно і порушення основного зобов'язання. У міжнародній договірній практиці дане положення іменується як «cross default provisions» положення про перехресне невиконання; 2) положення, що передбачає право кредитора вимагати дострокового виконання забезпечуваного заставою зобов'язання при порушенні боржником своїх зобов'язань. Таке положення

особливо ефективно за наявності кредитного договору, надання або виплата кредиту по якому здійснюється в траншах.

Дані положення мають досить сильну охоронно-виховну функцію, оскільки боржник знає, що якщо він допустить порушення одного зобов'язання, це автоматично спричинить порушення інших його зобов'язань, що буде підставою вимагати дострокового погашення основного зобов'язання. Необхідно також враховувати, що під змістом забезпечуваної заставою вимоги розуміються істотні умови договору, який послужив підставою виникнення основного зобов'язання, забезпеченого заставою.

Для заставних правовідносин початкова точка відліку дії договору має практичну цінність, оскільки йдеться про час укладення договору.

У теоретичному плані цікаве питання про класифікацію договору застави в рамках ділення цивільно-правових договорів на реальні і консенсуальні.

О. Еркович пропонує як класифікаційний критерій встановити момент укладення договору, який визначається залежно від правової характеристики договору (договір реальний або консенсуальний). Він зазначає, що початок дії договору — це і є момент вступу договору в дію — «початок дії договору» і «момент укладення договору» є синонімами. Якщо договір не набрав чинності, то юридично договору немає, відповідно зобов'язати ні одну із сторін, передбачених текстом даного договору, не можна. Неможливо за договором, який не набрав чинності, визначити його виконання [2, 24].

Договір застави це заставна операція, а отже визначальним моментом є воля сторін. Для встановлення зобов'язання за допомогою операції, а також для зміни змісту зобов'язання необхідне укладення договору. Починаючи з римського права, коли завдяки економічному розвитку зростала кількість цивільних операцій «необхідно було поряд з формальними контрактами (договорами), допускати й інші, сила яких опиралася на їх суть і вірність або сумлінність контрактів. З часом проявлялася двояка підстава операцій: передача речі з відомою метою і взаємна угода, тому на перший план виступили договори реальні і консенсусні» [3, 226].

В основі розмежування договорів на реальні і консенсуальні лежить визнання правомірним фактом або самої угоди (консенсуальний договір) або підстав на угоді передачі речі або іншого майна (реальний договір). Обидва ці моменти мають певне значення при укладенні заставної угоди або договору застави, при цьому необхідно мати на увазі, що при виконанні такого договору йдеться також про захист прав та інтересів сторін.

Досить часто предметом суперечки між контрагентами є питання про виконання зобов'язання, пов'язане з вибором предмета застави, наприклад, коли одна із сторін не може або не хоче повернути предмет застави в дійсності, і наполягає на оплаті його вартості.

У даному разі мається на увазі альтернативне зобов'язання, але питання — чи можливе воно при договорі про заставу?

К. Бернштейн зазначає, що деякі з договорів просто не можуть мати альтернативного змісту «зобов'язатися альтернативно до тієї чи іншої дії, до доставлення тієї або іншої дії, до доставлення того чи іншого предмета можливо, але отримувати і видавати можна лише що-небудь точно визначене ... у реальних договорах боржник зобов'язався повернути кредиторів те, що він отримав від нього. Тому за своєю природою реальні договори не можуть мати альтернативного змісту» [4, 14]. При цьому він вважав, що неформальні консенсуальні договори всі могли мати альтернативний зміст.

При заставній операції заява про вибір конкретного предмета виконання є однобічним волевиявленням, яке направлено іншій стороні і не підпадає відміні.

У цьому плані слід погодитися з поглядом Е. Богданової, яка вважає, що заява боржника про вибір предмета виконання є однобічною операцією, направленою на зміну альтернативного зобов'язання, і при реалізації стороною свого права вибору альтернативне зобов'язання трансформується в просте зобов'язання з певним предметом виконання. Якщо ж право вибору належить кредиторів, а здійснення виконання одним з предметом стає неможливим через його загибель, кредитор повинен прийняти від боржника предмет, що залишився, якщо немає провини останнього в загибелі предмета зобов'язання [5, 59–60].

Таким чином, для виникнення між сторонами правового (договірного) зв'язку в реальному договорі, а саме до таких ми відносимо договір застави, окрім наявності факту угоди необхідна наявність такого правотвірного юридичного факту, як передача майна, сам факт передачі майна остаточно визначає обопільний намір сторін реального договору вступити в договір, виражене в їх угоді. Для реальних договорів важливе початкове досягнення угоди відносно істотних умов договору, пов'язаних з передачею майна.

З моменту виникнення договору застави першочерговим завданням є «належне виконання зобов'язання».

М. В. Боднар правильно акцентує увагу на тому, що «проблеми виконання зобов'язання, в тому числі зміст, загальні умови, принципи виконання не були предметом комплексного теоретичного дослідження в українській цивільно-правовій науці ні за часів дії ЦК УРСР 1963 р., ні зараз — стосовно нового ЦК України» [6, 169].

У теорії цивільного права і на практиці велика увага традиційно приділяється формальним аспектам договірних відносин сторін, сьогодні ми, безумовно, далекі від формалізму, властивого римському праву, але інколи і, перш за все це стосується понятійного апарату, такий формалізм просто необхідний.

У вітчизняній літературі питанню про використання в законодавчих текстах правових дефініцій приділяється мало уваги і здебільшого в джерелах він розглядається лише в контексті правил юридичної техніки. На наш погляд, дану проблему необхідно розглядати набагато ширше, беручи на озброєння нові досягнення герменевтики і синергетики, оскільки «окрім суто технічних правил конструювання дефініції, є ще і проблема доцільності та необхідності законодавчих дефініцій, значення таких дефініцій для ефективної реалізації правових приписів, ролі нормативних дефініцій у забезпеченні реалізації принципів правової визначеності, стабільності правової системи та одночасно гнучкості права та інші питання».

Договір застави починається «з моменту укладання», а що саме ми розуміємо під цим терміном, який використовується в різних статтях ЦК України: «про загальні умови визнання договору укладеним» йдеться в ч. 1 ст. 638; «про момент укладання договору»

в ст. 640; «правові наслідки укладення договору» передбачені в ч. 1 ст. 585 і ч. 2 ст. 631 і т. д. Даний термін вживають в Господарському і Господарсько-процесуальному кодексах. На думку Т.В. Боднар законодавець під терміном «укладання» позначає порядок, процедуру укладення господарських договорів, тобто сукупність і послідовність визначених законом дій учасників господарських відносин щодо узгодження змісту договору та дотримання інших процедур (передання майна, нотаріального посвідчення, державної реєстрації), результатом (наслідком) вчинення яких і є власне укладання договору, тобто з одного боку, досягнення сторонами в належній формі згоди з усіх істотних умов договору, а з іншого — надання йому характеру юридичного факту, що є підставою виникнення договірних зобов'язань [6, 87].

За ГК України договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди за всіма існуючими умовами договору, під якими розуміються умови про предмет договору, умови визначені законом як істотні або такі, що є необхідними для договорів даного виду, а також умови, відносно яких за заявою хоч би одна із сторін повинна укласти угоду, договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферта) і прийняття пропозиції (акцепт) іншою стороною (ст. 638 ГКУ).

Відносно форми договору, то він може бути укладений в будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

На підставі аналізу теоретичних позицій, що існують в сучасному цивільному праві, судової практики, положень ЦК України він наголошує на існуючій непослідовності наслідків у разі недотримання сторонами встановленої законом форми. З одного боку, договір вважається неукладеним, а з іншого — його можна визнати недійсним. Але визнати недійсним те, чого взагалі не існує з юридичної точки зору неможливо, оскільки конструкція ст. 153 ЦК однозначна: договір вважається укладеним з дотримання двох умов: 1) істотні умови; 2) необхідна форма для двосторонньої угоди.

Таким чином, «якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася» [7, с. 90].

Договір застави, як правило, укладається у письмовій формі. Законодавство, як видно, із вищесказаного передбачає випадки, коли договір застави має бути завірений нотаріально, але перш за все це стосується випадків, в яких виявляється акцесорність форми договору, яка є однією з властивостей забезпечувальних зобов'язань.

Крім встановлення кола суб'єктів заставних правовідносин, в договорі застави повинні бути чітко перераховані істотні умови договору, хоча при його укладенні сторони можуть і не звернути увагу на це, зупиняючись, як правило, на звичайних умовах договору.

Цікаво, що в судовій практиці і з даного питання виникали певні труднощі, тому Вищий господарський суд України у своїй постанові зазначив, що звичайними умовами є такі умови, які не потребують спеціального включення до тексту договору, оскільки вважається, що вони є обов'язковими для сторін через факт укладення договору. Так само звичайні умови договору визначає і юридична наука, тобто як умови, що передбачені у законі чи іншому нормативно правовому акті і тому стають обов'язковими для сторін через факт укладення договору [7, 30].

У той же час закон докладно визначає істотні умови договору (ст. 638 ЦКУ), але в даній статті істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, визначені законом як істотні або такі, що є необхідними для договорів даного виду, а також ті умови, відносно яких за заявою хоч би однієї із сторін має бути досягнута угода.

Інші істотні умови є ніби «індивідуальними» для кожного з договірних видів, і навіть щодо кожного з договорів...

Складність визначення «істотних умов» договору застави, безумовно, перш за все пов'язана з величезною кількістю можливих для застави предметів, оскільки у кожному окремому випадку є свої «істотні умови». У той же час А. В. Луць вказує на те, що визначення в законі переліку умов, які є істотними або необхідними для договорів даного виду, відображає специфіку конкретного виду договору і сприяє відмежуванню його від інших, близьких (споріднених) за юридичною природою видів договорів [8, 8].

Стосовно істотних і звичайних умов договору застави, то існує точка зору, що звичайні

умови відрізняються від істотних умов тим, що вони не потребують окремого погодження і про них не обов'язково застерігати у тексті договору.

Зміст договору застави визначений ст. 584 ЦКУ, згідно з якою, в договорі застави визначається сутність, розмір і термін виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, дається опис предмета застави (який може бути представлений в загальній формі), а також визначаються інші умови, погоджені сторонами договору. Іншими словами, договір вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто угоду за всіма істотними умовами договору, під якими розуміються і ті, які названі в законі або інших правових актах як істотні або необхідні для договору застави.

Згідно із законом «Про заставу» ст. 12 передбачає зміст договору застави: у договорі застави повинно бути зазначено найменування (прізвище, ім'я та по батькові), місце проживання (місце проживання) сторін, суть забезпеченої заставою вимоги, її розмір і строк виконання зобов'язання, опис предмета застави, а також будь-які інші умови, відносно яких за заявою однієї із сторін повинна бути досягнута угода (частина перша ст. 12 в редакції Закону № 583/97 — ВР від 21.10.97).

При укладенні договору застави за згодою сторін або на вимогу однієї із сторін може бути проведена аудиторська перевірка достовірності та повноти балансу або фінансового стану відповідної сторони договору застави (ст. 12 доповнена частиною другою згідно із Законом № 90-95-ВР від 14.09.95).

Загалом істотними умовами договору є предмет застави і його оцінка; сутність, розмір і термін виконання зобов'язання; умови про те, в якій із сторін, заставодавця або заставодержателя знаходиться закладене майно.

А. А. Вишневський акцентує увагу на тому, що перелік істотних умов договору застави (а це стосується і ГКРФ) не має абсолютно-го характеру, відносно деяких видів застави встановлюється додатковий перелік умов, які повинні бути в договорі, це може відноситися, наприклад, до договору про заставу товарів в обороті, який повинен містити відомості про вид закладеного товару, інші його родові ознаки, загальну вартість предмета застави, місце в якому він знаходиться тощо [9, 40].

У теоретичному плані не ясно чи можна ці додаткові умови віднести до «інших умов».

Так, наприклад, Е. О. Мічурін поряд з істотними умовами визначив «інші умови» договору, що прямо не впливають на факт укладення договору, але також можуть складати його зміст [10, 11].

На наш погляд, термін «інші умови» для додаткових умов договору застави не є можливим, оскільки доповнює якусь невизначеність, якої і так достатньо в терміні «додаткові умови».

**Висновок.** Правила ЦКУ про заставу через договір відповідно застосовуються до застави, що виникає на підставі закону, якщо законом не встановлене інше (ч. 2 ст. 574 ЦКУ). На практиці, застава досить рідко виникає на підставі закону, у відповідному законі мають бути вказані: юридичні факти, за наявності яких автоматично через закон виникає право застави, предмет застави; забезпечуване заставою зобов'язання.

#### *Література:*

1. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. Г. Олюха. — К., 2003. — 17 с.
2. Еркович О. Практическая ценность классификации гражданско-правовых договоров на реальные и консенсуальные / О. Еркович // Право и экономика. — 2009. — № 6. — С. 24-28.
3. Ефимов В. В. Лекции по истории римского права / В. В. Ефимов. — СПб. : Типография В. Банашева, 1898. — 491 с.
4. Бернштейн К. Учение о разделительных обязательствах по римскому праву и новейшим законодательствам / К. Бернштейн. — СПб. : Типография тов. «Общественная польза», 1871. — 328 с.
5. Богданова Е. Защита прав и интересов сторон при исполнении альтернативных и факультативных обязательств / Е. Богданова // Хозяйство и право. — 2004. — № 6. — С. 56-60.
6. Боднар М. В. Загальні засади виконання цивільно-правових зобов'язань / М. В. Боднар // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 4. — С. 169-174.
7. Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2005. — № 3, 8-9; 2006. — № 11.
8. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. В. Луць. — К., 2001. — 20 с.
9. Вишневский А. А. Залоговое право : учеб. и практ. пособ. / А. А. Вишневский. — М. : БЕК, 1995. — 179 с.
10. Мічурін Е. О. Цивільний договір як один із засобів реалізації права на житло : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / Е. О. Мічурін. — Х., 2000. — 20 с.

**Кизлова Е.С. Договор залога в гражданском законодательстве Украины. Основные положения и правовое регулирование.**

**Аннотация.** Данная статья посвящена рассмотрению вопросов правового регулирования договорных отношений залога в гражданском законодательстве Украины. Проанализированы законодательные положения основных положений договора залога.

**Ключевые слова:** договор, залог, гражданское законодательство, условия договора залога.

**Kizlova E.S. Pledge agreement in the civil legislation of Ukraine. Fundamentals and legal regulation.**

**Summary.** This article deals with the issues of legal regulation of contractual relations collateral civil legislation of Ukraine. Analyzed legislation guidelines pledge agreement.

**Keywords:** contract, pledge, civil law, the terms of the mortgage contract.