

Київський національний торговельно-економічний університет

Кафедра міжнародного, цивільного та комерційного права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

**ГАРАНТІЯ ЯК ВИД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ
ЗOBOB'ЯЗАНЬ**

студентки 2 курсу, 7 м групи,
спеціальності 081 «Право»,
спеціалізації
«Цивільне право та процес»

Нестерчук Інни Вячеславівни

Науковий керівник

к.ю.н.

Софіюк Тарас Олександрович

Гарант освітньої програми

д.ю.н.

Примак Володимир Дмитрович

Київ-2021

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПОСОБІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ОСТАННІХ ІЗ ГАРАНТІЄЮ	
1.1. Правове регулювання способів забезпечення виконання зобов'язань.....	6
1.2. Загальні аспекти та функціонування договору гарантії.....	12
1.3. Гарантія у співвідношенні із зобов'язально-правовими видами забезпечення виконання договірних зобов'язань	14
1.4. Гарантія у співвідношенні із речово-правовими видами забезпечення виконання договірних зобов'язань	18
РОЗДІЛ 2. ОСОБЛИВОСТІ ГАРАНТІЇ ЯК ОДНОГО ІЗ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ	
2.1. Дефініція гарантії та здійснення прав учасниками її правовідносин.....	25
2.2. Строк дії та порядок припинення договірних зобов'язань, забезпечених гарантією	34
2.3. Поняття зворотної вимоги при забезпеченні виконання зобов'язання гарантією.....	37
ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ	42
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	46

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Вагомим аспектом нашого часу є фінансові та кредитні відносини, тому важливими є способи їх правового регулювання та забезпечення прав та інтересів сторін в даних цивільно-правових відносинах, що потребують постійного вдосконалення та розвитку.

Існує необхідність в тому, щоб провести всебічний аналіз способів забезпечення виконання зобов'язань, задля виявлення позитивних та негативних сторін в практиці їх застосування. Виявити всі колізії, суперечності, прогалини та недоліки, які існують в законодавстві України, з метою розроблення пропозицій та рекомендацій по удосконаленню чинного законодавства України, яке регулює питання, пов'язані зі використанням способів забезпечення виконання зобов'язань при укладанні договірних відносин.

Теоретичну основу статті склали праці таких вчених: І. Й. Пучковська [53], Л. С. Шимон [68], Г. В. Макаренко [42], О. А. Підпригора [51], Є. О. Харитонов [66], І. О. Дзера [28], У. М. Кубара [38], Є. О. Ятченко [72], О. І. Панченко [48] та інших.

Мета дослідження полягає у встановленні особливостей правового регулювання цивільно-правових відносин при гарантії в порівнянні з іншими способами забезпечення виконання зобов'язань та отриманні висновків теоретичного характеру із розробкою подальших рекомендації щодо вдосконалення чинного законодавства України з даного питання.

Для досягнення поставленої мети вирішувалися такі **завдання**:

- дослідити та висвітлити дефініції кожного із способів забезпечення виконання зобов'язань;
- провели порівняльний аналіз кожного зі способів із гарантією;
- виявили суперечності та недоліки, задля розробки подальшого удосконалення законодавства з цивільних правовідносин, забезпечених гарантією;

- встановили прогалини, неточності чинного законодавства та розробили варіанти їх вирішення.

Об'єктом дослідження є договірні правовідносини, забезпечені гарантією, як одним із способів забезпечення виконання зобов'язань.

Предметом дослідження в роботі виступає правова доктрина, судова практика та чинне законодавство, яке регулює цивільні правовідносини при забезпеченні виконання зобов'язань, зокрема при гарантії.

Методи дослідження. Для реалізації поставленої мети та вирішення завдань у роботі використано комплекс методів, серед яких важливе місце займає історико-правовий, котрий застосовується задля дослідження розвитку всіх способів забезпечення виконання зобов'язань згідно з українським законодавством та порівняльний метод задля зіставлення останнього із законодавством зарубіжних країн. Метод компарактивістики полягає у всебічному порівнянні всіх способів забезпечення виконання зобов'язань із гарантією. В свою чергу логічний метод застосовується для врахування особливостей правового регулювання цивільно-правових відносин при гарантії та проведенню всебічного аналізу для подальшої розробки пропозицій та рекомендацій по удосконаленню чинного законодавства.

Наукова новизна полягає у всебічному дослідженні основних проблем цивільно-правових відносин при гарантії, виявленні прогалин та недоліків, які існують в законодавстві України та рекомендаціях щодо їх удосконалення.

Окремі положення випускної кваліфікаційної роботи викладено у статті «Поняття зворотної вимоги при забезпеченні виконання зобов'язання гарантією», що опублікована у збірнику наукових статей «Правове регулювання цивільних відносин». К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2021. С. 150-157.

Практичне значення одержаних результатів полягає у теоретичному обґрунтуванні та практичному вирішенні комплексу проблем, пов'язаних з правовим регулюванням цивільно - правових відносин при гарантії.

Структура випускної кваліфікаційної роботи. Робота складається зі вступу, двох розділів, які включають в себе сім підрозділів, висновків та пропозицій. Повний обсяг роботи становить 52 сторінки. Список використаних джерел складається з 72 найменувань.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПОСОБІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ОСТАННІХ ІЗ ГАРАНТІЄЮ

1.1 Правове регулювання способів забезпечення виконання зобов'язання

При розгляді правового регулювання способів забезпечення виконання зобов'язання, ми повинні враховувати, що загалом поняття правового регулювання характеризується здійсненням усією системою юридичних засобів державно-владний вплив на суспільні відносини з метою їх впорядкування, охорони та розвитку. Правове регулювання є важливою умовою стабільності суспільних відносин, саме воно спонукає до створення необхідних чинників для їх розвитку. Характерна особливість правового регулювання виявляється в тому, що воно має свій, специфічний механізм, а саме, систему правових засобів, що забезпечує регулятивний вплив на поведінку суб'єктів, чим самим охоплює дію права на їх свідомість та суспільне життя [59, с. 53]. Також, на думку вчених, воно завжди має певну мету, зокрема впорядкування відносин відповідно до тих ідеальних моделей, які закладено в норми права [58, с. 189].

Засоби забезпечення зобов'язань, встановлені нормами глави 49 ЦК України мають на меті стимулювати боржника до виконання зобов'язання і захистити інтереси кредитора.

За думкою науковців видами (способами) забезпечення виконання зобов'язань - є сукупність заходів, за допомогою яких сторони цивільно-правових відносин впливають одна на одну з метою виконання належним чином передбаченого договором економічного завдання під загрозою вчинення певних дій, які зумовлять настання негативних наслідків майнового характеру для принципала, незалежно від того чи понесе бенефіціар збитки фактично [49, с. 146].

Більш стислим, але точніше вираженим термін способів забезпечення виконання зобов'язання розкритий в думці І. І. Килимник А. М. Бровдій та Д. Є. Кутоманов, а саме – передбачені договором або законом спеціальні заходи, що покликані додатково спонукати боржника виконати свій обов'язок, а у випадку невиконання – задоволенням інтересів кредитора [32, с. 181].

Враховуючи вищеподані думки можна дійти висновку, що способи забезпечення виконання зобов'язань покликані охороняти інтереси менш захищеної сторони за договором – а саме бенефіціара, шляхом покладення додаткового зобов'язального обтяження на принципала та/або на третю особу. Тобто, у разі невиконання або неналежного виконання умов цивільного договору на боржника покладається додаткова відповідальність, а в ряді випадків до виконання зобов'язання притягуються разом із боржником і треті особи, зокрема, при поруці та гарантії (згідно ч. 1 ст. 546 Цивільного кодексу України) [2].

Забезпечення виконання зобов'язання здійснюється шляхом встановлення спеціальних способів, які стимулюють боржника до належної поведінки, гарантують виконання ним основного зобов'язання з урахування інтересів кредитора. Ці способи спрямовані на упередження або зменшення обсягу негативних наслідків, які можуть настати у разі порушення зобов'язання [46, с. 44].

Забезпечення виконання зобов'язань є важливим інститутом цивільного права у країнах різних правових систем. Цей правовий інститут сягає своїм корінням часів Стародавнього Риму, де зародились та отримали істотний розвиток такі способи забезпечення виконання зобов'язань, як застава, порука, завдаток та ін. Професор О. А. Підпригора зазначав, що римляни розробили досить широку систему правових засобів забезпечення зобов'язань. Як приклад, поняття стипуляції — обіцянка заплатити певну суму або зробити що-небудь: проголошувалась в урочистій обстановці у відповідь на конкретно поставлене питання. Найчастіше такі публічні обіцянки були формою забезпечення виконання вже існуючих зобов'язань чи попередження можливих негативних наслідків [51, с. 305]. Цим самим в Римському праві захищали інтереси, в наш

час так званого кредитора, задля забезпечення виконання свого обов'язку боржником.

В сучасному цивільному праву, крім названих, відомі й інші способи забезпечення виконання зобов'язань. Всі вони, головним чином, застосовуються для забезпечення виконання договірних зобов'язань. Саме ці договірні зобов'язання визначають правомірну поведінку суб'єктів цивільно-правових відносин, забезпечують її дотримання усіма учасниками цивільного обігу [33, с. 30].

В широкому розумінні забезпеченням виконання зобов'язань можуть розглядатись всі ті правові, організаційні, економічні та інші умови й механізми, які мають на меті спонукати боржника до належного виконання свого зобов'язання. В цивільному праві під забезпеченням виконання зобов'язання вважаються додаткові правовідносини (зобов'язання), які спрямовані на стимулювання боржника до точного і неухильного виконання основного зобов'язання і попередження та/або зменшення негативних наслідків від можливого його порушення. В об'єктивно-правовому розумінні забезпеченням виконання зобов'язання є система правових норм, які регулюють вищезазначені додаткові правовідносини (зобов'язання) [28]. Виходячи з цього, зобов'язальні відносини можуть бути визначені як увесь комплекс цивільноправових зв'язків, які виникають між сторонами, які уклали договір [67, с. 47].

Відповідно до ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватись неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. Зазначений перелік способів забезпечення виконання зобов'язань не є вичерпним. Інші способи забезпечення виконання зобов'язань можуть бути встановлені законом або, що важливо, договором.

Способи забезпечення виконання зобов'язання – передбачені договором або законом спеціальні заходи, що покликані додатково спонукати боржника виконати свій обов'язок, а у випадку невиконання – задоволенням інтересів кредитора. Розглянемо їх основні характеристики та особливості:

1. Виконання основного зобов'язання забезпечується, якщо це встановлено договором або законом;

2. Ці зобов'язання є акцесорними, тобто забезпечувальне зобов'язання не існує само по собі, воно виникає для обслуговування конкретного зобов'язання і наслідує його долю. Розглядаючи положення даних зобов'язань, Гудима-Підвербецька М. М. запевняє, що іноземні цивільні правопорядки на законодавчому рівні не оминають категорії «акцесорності» [25, с. 52], як приклад Цивільний кодекс Республіки Грузії закріплює дефініцію акцесорного права, а саме згідно ст. 153 Акцесорним є право, яке так пов'язано з іншим правом, що без нього не може існувати [16]. В свою чергу, на думку українських вчених, поняття акцесорності (від лат. «accessione» – придатак) розглядають як властивість зобов'язання бути додатковим до основного зобов'язання, тобто поділяти його долю. Зобов'язання може бути акцесорним тільки тому, що сторони цих правовідносин мають за мету забезпечувальний інтерес [34, с. 14], а способи забезпечення виконання зобов'язань покликані саме для даної функції.

3. Забезпечення лише дійсних вимог (недійсне зобов'язання не підлягає забезпеченню). Недійсність основного зобов'язання спричиняє недійсність правочину, що його забезпечує. Але недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не тягне недійсність усього договору. На думку вчених, недійсність зобов'язання – це не відповідність договору вимогам чинного законодавства та який не створює правових наслідків через дефекти в структурі, крім наслідків, пов'язаних із його недійсністю [24, с. 212]. Також проаналізувавши співвідношення понять «неправомірність» та «протиправність», «правопорушення» в контексті визнання правочину недійсним Давидова І. В. зробила висновок, що стосовно недійсних правочинів має йтися про дії правомірного типу, які внаслідок недотримання вимог щодо умов укладення правочину у конкретному випадку стають неправомірними, що тягне недійсність правочину [26, с. 20-21]. А отже, можемо стверджувати, що способи забезпечення виконання зобов'язань мають на меті забезпечувати виключно дійсні вимоги.

4. Будь-який спосіб виконання зобов'язання, крім гарантії, припиняється у випадку виконання основного зобов'язання; - ця особливість являється головною відмінністю гарантії з поміж інших способів забезпечення виконання зобов'язань.

5. Правочин, що продовжує акцесорні зобов'язання повинен бути укладений у письмовій формі. Положення щодо письмової форми правочину законодавчо закріплені ЦК України (ч. 4 ст. 203) [2].

6. Виконують компенсаційну та забезпечувальну функції. Як зазначає Миколенко О. М. компенсаційна функція права спрямована виключно на відшкодування завданої особі шкоди, в будь-якій формі її прояву (майнової, фізичної або моральної) [44, с. 22]. Заходи забезпечувального характеру є традиційним інститутом зобов'язального права [64, с. 147], за допомогою яких сторони цивільно-правових відносин впливають одна на одну при забезпеченні виконання зобов'язань.

Залежно від характеру забезпечення інтересів кредитора в цивільному праві розрізняють: речово-правові і зобов'язально-правові засоби забезпечення зобов'язань. Речово-правові засоби характерні тим, що інтереси кредитора забезпечуються за рахунок заздалегідь виділеного майна. Предметом забезпечення є це саме майно. До таких способів належать: застава, завдаток, притримання. Зобов'язально-правові засоби стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання шляхом створення можливості пред'явлення до нього або до третіх осіб, що виступають в договорі, зобов'язальної вимоги. До них належать: неустойка, порука, гарантія [32, с. 181-182]. Також новим інститутом засобів забезпечення виконання зобов'язань, яке відноситься до речово-правових є право довірчої власності, яке з'явилося в цивільному законодавстві у вересні 2019 року.

Підставою такої класифікації є предмет певного способу забезпечення виконання зобов'язань. Для неустойки, поруки чи гарантії предметом виступає наявність зобов'язальної вимоги, а для завдатку, притримання, застави та довірчої власності важливим є майно. Також вибір способу забезпечення

виконання договірною зобов'язання залежить від його змісту. У відносинах, що виникають між суб'єктами господарювання - наслідком вибору певного способу буде майбутня поведінка боржника, тому важливим є врахування особливостей кожного із виду забезпечення.

Незважаючи на загальну спільну мету, а саме захисту виконання договірних зобов'язань, кожен із способів їх забезпечення має певні особливості, тим самим відрізняючись один від одного. Порука та гарантія слугують кредитуру для більшої ймовірності задоволення його грошових вимог, адже у випадку невиконання боржником зобов'язання є можливість звернутися за їх задоволенням до третьої особи. Неустойка і завдаток забезпечують виконання договірних зобов'язань принципалом в натурі, у разі існування загрози настання негативних наслідків майнового характеру. Заставу можна розглянути з декількох сторін: по - перше, вона як і неустойка із завдатком потрібна задля забезпечення виконання принципалом договірною зобов'язання в натурі, а по - друге – є гарантією задоволення інтересів бенефіціара у випадку, якщо принципал не виконає основного зобов'язання, саме тому при виборі сторонами конкретного способу, чітко потрібно розуміти потреби обох сторін, заздалегідь прогножуючи ймовірні ризики для кожної з них.

Учасники зобов'язання завжди зацікавлені у зменшенні ризику його невиконання. Тому сторони договірних відносин, як правило, самі прагнуть виконати зобов'язання та зацікавлені в тому, щоб не допустити порушень з боку іншого учасника (учасників) зобов'язання. Цієї ж думки притримується Слома В. М., а саме що участь третіх осіб у цивільно - правовому зобов'язанні сприяє розвитку цивільного обороту, зменшує для сторін ризики, які пов'язані з невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язання [61, с. 347]. Однак практика свідчить про те, що договори не завжди виконуються належним чином. Через це учасники договірних відносин прагнуть створити такі умови, які мають на меті стимулювати іншу сторону до виконання прийнятих нею на себе зобов'язань і забезпечити власну майнову сферу від втрат. Цим пояснюється значення створення в законодавстві та ефективного використання на практиці

системи забезпечувальних засобів [42, с. 226]. Але, звертаючи увагу на судову практику, кількість звернень до судової системи з приводу вирішення спорів через порушення зобов'язань, ми можемо зробити висновок, що будь-який із видів забезпечення прагне удосконалення та подальшого розвитку. Саме тому ми маємо на меті провести всебічний аналіз, зокрема гарантії, як одного із способів забезпечення виконання зобов'язань, використовуючи порівняльний аналіз з іншими видами та виявити недосконалості та прогалини, задля пошуку пропозицій їх удосконалення.

Для втілення нашої мети встановити особливості правового регулювання цивільно-правових відносин при гарантії ми проведемо порівняльний аналіз та метод компаративістики всіх способів забезпечення виконання зобов'язання. Стосовно методу компаративістики, на думку Кравчука В. М. він не лише дає змогу виявити загальні тенденції розвитку конституційних явищ в Україні та зарубіжних країнах, а й сприяє виявленню феноменології розвитку конституційних явищ. Адже, як відомо, слово «порівняння» тлумачиться саме як зіставлення чого-небудь із метою виявлення схожості та розбіжностей [36, с. 77].

1.2 Загальні аспекти та функціонування договору гарантії

За ст. 549 ЦК України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

У відносинах між кредитором (бенефіціаром) і гарантом гарантія – це просто грошове зобов'язання. Особливість цього грошового зобов'язання проявляється в тому, що воно виступає складовою забезпечувальної конструкції, передбаченої на випадок можливого порушення боржником зобов'язання перед кредитором, і тому «зв'язаного» з останнім. Гарантія як односторонній правочин не є самодостатньою, вона не може виникнути та існувати самостійно. Цінність в якості правового інструменту гарантія має лише у межах наведеної забезпечувальної конструкції [53, с. 168].

Гарантія видається у письмовій формі. До письмової форми гарантії прирівнюється банківський електронний документ (згідно ч. 1 ст. 5 ЗУ Про електронні документи та електронний документообіг Електронний документ - документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа) [4].

Перш за все, для отримання гарантії принципал подає до банку-гаранту заяву про надання гарантії, яка складається відповідно до форми із зазначенням усіх обов'язкових реквізитів. Рішення про надання, чи відмови від надання гарантії та її загальнообов'язкові умови приймаються банком-гарантом у відповідності зі своїми внутрішніми положеннями.

Істотними умовами гарантії є: найменування принципала, бенефіціара та гаранта; посилання на основне зобов'язання, в якому передбачена видача гарантії; сума грошових коштів, яка підлягає виплаті (включаючи валюту платежу); умови, на підставі яких здійснюється платіж; строк, на який видана гарантія. Щодо повного переліку інформації та реквізитів, які повинні міститися в Договорі про надання гарантії, передбачена п.26 III розділу Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах - Порядок надання гарантій банком-гарантом [10], також п. 24 даної постанови має посилання на вимоги ст. 6 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [8], який передбачає характеристику, яку повинен містити в собі даний договір.

Стосовно істотних умов, їх недотримання, порушення, або різне розуміння виникає безліч спорів між сторонами, врегулювання та вирішення котрих можливе лише через судову систему. Незважаючи на те, що законом передбачене правове регулювання договірних відносин, зокрема гарантійних, розтлумачений повний обсяг прав та обов'язків принципала та бенефіціара, випадки порушення цих самих договірних зобов'язань – безліч. Навіть те, що після повного узгодження, свідомого розуміння умов та в кінцевому етапі - підписанні договору обома сторонами – в кожній зі сторін є своє констатування того, чи іншого положення істотних умов. Прикладом останнього є справа Верховного

Суду України № 910/5726/18 від 21 березня 2019 року за позовом бенефіціара ТОВ «Торговий дім «Сокар України» до принципала – Міністерство оборони України щодо визнання банківської гарантії такою, що не підлягає виконанню та зобов'язання вчинити дії [14]. Саме з даного прикладу ми бачимо як сторони договірних правовідносин по різному констатують обов'язки замовника згідно з умов укладеного Договору. А тому скаржник обґрунтовує свою позицію тим, що станом на кінцеву дату постачання, 31.05.2017, позивачем не поставлено 100% продукції, тому банківська гарантія не може бути повернена, так як за умовами Договору обов'язок замовника повертати постачальнику забезпечення договору не залежить від постачання 100% продукції на кінцеву дату поставки, а пов'язаний виключно з виконанням зобов'язання поставки за кількістю та якістю; в свою чергу позиція позивача є протилежною тому як на його думку, зміст банківської гарантії свідчить про те, що вона підлягає застосуванню виключно за умови одночасного порушення зобов'язання щодо якості, кількості та строків постачання продукції, тому, враховуючи повне виконання зобов'язання щодо поставки продукції за договором за якістю, кількістю та закінченням строку дії банківської гарантії, відповідач зобов'язаний повернути її позивачу.

1.3 Гарантія у співвідношенні із зобов'язально-правовими видами забезпечення виконання договірних зобов'язань

Співвідношення гарантії з неустойкою. За ст. 549 ЦК України неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення боржником зобов'язання [2].

Неустойка є найпоширенішим видом забезпечення виконання договору, яка застосовується у вигляді штрафу або пені. В основі характеристики неустойки присутні дві особливості : її грошовий розмір визначають самі сторони, та наявність факту порушення договірною зобов'язання буде підставою для її стягнення. Правова регламентацію неустойки регулюють одразу два нормативно-правових акти: Цивільний кодекс України та Господарський кодекс

України. Зазначимо, що види неустойки: штраф і пеня, - за ЦК України розглядаються як форми (ч. 1 ст. 549 ЦК України), а за ГК України як штрафні санкції. Учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. (ч.1 ст.216 ГК України) [1].

Також звернімо увагу і на те, що ГК України, який регулює господарські відносини і визначає основні засади сфери господарювання, цілком не розкриває питання неустойки, лише глава 26 ГК України вказує на порядок її застосування, а ст. 199 ГК України дає можливість звернутися до норм цивільного законодавства (до відносин щодо забезпечення виконання зобов'язань учасників господарських відносин застосовуються відповідні положення ЦК України) [1], щоб детальніше охарактеризувати неустойку з урахуванням інтересів суб'єктів господарювання. Звертаючись до ЦК України, а саме ст. 546-549, ми спостерігаємо чітке визначення поняття неустойки, яка застосовується в договірних зобов'язаннях. Також проаналізувавши положення ст. 549 ЦК України, бачимо, що дана стаття розкриває поняття штрафу та пені, зазначивши певні відмінності між ними, оскільки штраф нараховують у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання, а пеня обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного зобов'язання, за кожен день його прострочення. В порівнянні з неустойкою, при гарантії за невиконання або неналежне виконання зобов'язання грошову суму сплачує залучена третя особа – гарант, проте після сплати якої, має право на регрес (зворотну вимогу) до боржника та власну винагороду.

Якщо говорити за предмет неустойки, то звернімо увагу на ст. 551 ЦК України, яка вказує на те, що право на стягнення неустойки існує завжди і її предметом є як майно, так і гроші. При цьому слід зазначити, що грошова сума, яка є предметом неустойки, повинна закріплюватися законом [2]. Щодо розміру штрафу або пені, він повинен нараховуватися на основі принципів розумності і

справедливості, які є загальними засадами цивільного законодавства. Загалом, цивільний оборот, на думку Ю. А. Тоботи, вважається стабільним тільки тоді, коли функціональні дії учасників цивільних відносин є високоморальними, чесними, справедливими. Право ж з цими та іншими принципами є найпершою якісною мірою взаємовідносин людей [65, с. 40]. Проаналізувавши норми чинного законодавства, можна зробити висновок, що сторони у договорі самостійно визначають розмір неустойки, однак є випадки, коли норми нормативно-правового акту чітко встановлюють грошову суму, яка підлягає сплаті боржником кредиторів. Як приклад, ст. 785 ЦК України передбачає, що наймодавець може вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення, якщо наймач не поверне річ вчасно [2].

Отже, дослідивши основні положення неустойки, як одного із видів забезпечення виконання зобов'язань, ми можемо провести низку відмінностей та паралелізмів (повторення характерних рис) між ними.

В першу чергу, розглянемо суб'єктний склад, за яким, при гарантії – виступають - кредитор, боржник та гарант (гарантом може бути лише банк або інша фінансова установ), а за неустойкою – лише кредитор та боржник; предметом гарантії є грошова сума, неустойки - грошова сума, рухоме і нерухоме майно; при гарантії юридична сила настає з дня її видачі, за неустойкою - з моменту досягнення згоди сторонами, щодо умов договору; щодо правових наслідків сплати - гарант має право зворотної вимоги до боржника та особисту винагороду, а при сплаті неустойки - не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі.

Співвідношення гарантії з порукою. За ст. 553 ЦК України за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником [2].

Порука є досить цікавим способом виконання зобов'язань, що має акцесорний характер (додатковий характер), тобто забезпечує виконання

основного договору. На думку Сердюка О. О., особливості використання поруки і гарантії як способів забезпечення виконання зобов'язання одночасно виступають і способами захисту прав кредитора [57, с. 5].

Порівнюючи характерні ознаки поруки в інших країнах світу можна побачити деякі елементи схожості та розбіжностей. Параграф 765 Німецького Цивільного уложення визначає, що за договором поруки, поручитель зобов'язується перед кредитором третьої особи відповідати за виконання останнього свого зобов'язання. Можна доручитися і за майбутнє або за умовне зобов'язання [18]. За ст. 2011 ЦК Франції, той, хто стає поручителем за зобов'язанням, той бере відповідальність перед кредитором за боржника. Також за кодексом Наполеона, а саме ст. 2012 порука допускається тільки за зобов'язаннями, які мають законну силу. Втім воно допускається і за таким зобов'язанням, яке могло б бути знищено запереченням, виключно пов'язаним з особою боржника, наприклад в разі неповноліття [17]. Відразу бачимо, що 14 розділ кодексу акцентує увагу на вік, якого має досягнути особа задля вступу в договірні зобов'язання. Натомість в цивільному законодавстві України, щодо вікових обмежень задля дотримання чинності правочину виступає ч. 2 ст. 203 ЦК України особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

Встановимо низку особливостей поруки, серед яких науковці виділяють наступні: договір поруки залежить від основного зобов'язання, тобто наслідком визнання недійсності основного зобов'язання є недійсність правочину щодо його забезпечення, що є тотожним майже всім способам забезпечення виконання зобов'язань; у відносинах, які забезпечуються порукою, боржник повинен самостійно виконувати свої зобов'язання. Право пред'явлення вимоги до поручителя кредитор має лише тоді, коли основний боржник порушить свої зобов'язання; порука відрізняється від інших способів забезпечення тим, що боржник і поручитель виступають перед кредитором як солідарні боржники [31, с. 205]; межі відповідальності поручителя відповідно до параграфа 3, гл.49 ЦК України, можуть встановлюватися за домовленістю між сторонами.

Поручителем може бути як фізична, так і юридична особа. При цьому особливістю застосування поруки у господарській сфері є те, що юридичні особи можуть виступати поручителями незалежно від того, чи такий випадок передбачений установчими документами. Особи, які спільно дали поруку, несуть перед кредитором солідарну відповідальність, яка застосовується якщо передбачено договором або встановлена законом. При солідарній відповідальності кредитор має право притягнути до відповідальності будь-якого з відповідачів, як у повному обсязі, так і в будь-якій її частині [47, с. 196]. Також важливим аспектом основи виникнення поруки є договір, що укладається в письмовій формі. Розглянувши ознаки поруки, ми бачимо, що вона має багато спільних рис із гарантією, але є й певні відмінності, сконструюємо низку порівнянь для проведення всебічного налізу. Отже, що стосується суб'єктного складу – гарантом може бути лише банк або інша фінансова установа, поручителем – фізична або юридична особа; гарантія має оплатний характер, порука може бути як безоплатною, так і оплатною; набуття юридичної сили при гарантії – з дня її видачі, що стосується поруки – з моменту досягнення згоди сторонами, щодо його умов. Останнє на що звернемо увагу, при порівнянні даних способів забезпечення виконання зобов'язань так це на предмет зворотної вимоги, адже гарант має право на регрес, а стосовно поруки застосовується механізм суброгації (різновид права вимоги, при якому відбувається зміна активного суб'єкта зі збереженням самого зобов'язання) [23, с. 341]. Саме суброгацією цивільне право захищає інтереси майнового поручителя у випадку невиконання чи неналежного виконання боржником забезпеченого зобов'язання при заставі [56, с. 88].

1.4 Гарантія у співвідношенні із речово-правовими видами забезпечення виконання договірних зобов'язань

Співвідношення гарантії із завдатком. За ст. 570 ЦК України завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторі боржником у рахунок

належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання [2].

Одразу звернімо увагу, що ч. 2 ст.570 ЦКУ вказує на те, що якщо сума, яка сплачена в рахунок належних з боржника платежів, не буде встановлена, то вона визначатиметься як аванс, який є способом платежу і не завжди є доказом того, що існує зобов'язання. Предметом завдатку (зважаючи на відсутність у законі застережень щодо видів майна, яке не може бути предметом цього виду забезпечення договірною зобов'язання) є рухоме майно, коли боржник здійснює розрахунок з кредитором повністю або частково, та гроші, розмір яких визначається сторонами. Тобто, аванс не забезпечує взятє сторонами на себе зобов'язання, саме через це вбачається його істотна відмінність від завдатку [52, с. 146].

Відрізняється завдаток від інших способів тим, що деліктні зобов'язання (зобов'язання із заподіяння шкоди) забезпечуватися завдатком не можуть, лише договірні. Деліктними зобов'язаннями називають зобов'язання, які виникають внаслідок порушення майнових чи особистих немайнових прав. Найчастіше до дослідження завдатку застосовують метод компаративістики (порівняльний, порівняльно-історичний метод, який застосовується при вивченні споріднених предметів і явищ), та порівнюють його із заставою і неустойкою. Адже, юридична компаративістика (від лат. comparativus – порівняння) передбачає зіставлення права та інших правових явищ [40, с. 6]. Подібно до неустойки завдаток визначає мінімальний обсяг відповідальності сторони, що порушила зобов'язання, у співвідношенні до застави, завдаток – доказ укладення договору, а застава – гарантія повернення коштів кредитора. Також завдатку притаманний поділ наслідків порушення або припиненню зобов'язання, а саме хто є суб'єктом порушення цих самих зобов'язань. За ч. 1 ст. 571 ЦК України якщо порушення зобов'язання сталося з вини боржника, завдаток залишається у кредитора; якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, він зобов'язаний повернути боржникові завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку або його

вартості [2]. Цим самим ми можемо зробити підсумок, що завдаток, на відміну від гарантії, слугує саме доказом наміру укладення майбутнього договору.

Співвідношення гарантії із заставою. За ст. 572 ЦК України в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, а також в інших випадках, встановлених законом, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави) [2].

Слід зазначити, що застава відповідно до ч. 2 ст. 589 ЦК України не лише в повному обсязі захищає інтереси кредитора, але і ефективно стимулює боржника до виконання своїх зобов'язань [38].

При забезпеченні зобов'язання заставою вимагається індивідуалізація зобов'язання, яке забезпечується, та предмета застави. У заставному зобов'язанні вже в момент його вчинення фіксується певне майно, за рахунок якого при необхідності буде задовольнятися основна вимога, опис предмета застави є істотною умовою договору застави (ст. 584 ЦК України, ст. 12 Закону України «Про заставу») [5].

Якщо порівнювати характеристику застави цивільного законодавства України та законодавства Франції, то за ст. 2071 кодексу Наполеона, заставою є договір, за яким боржник передає яку-небудь річ своєму кредитору, для забезпечення боргу [17], можна сказати, що положення дещо схожі між собою, та не мають особливих відмінностей. Однак, наше законодавство виділяє окремі види застав: іпотеку та заклад (ст. 575 ЦК України).

Стосовно іпотеки, серед науковців є ґрунтовний висновок, що метою укладення іпотечного договору є забезпечення грошової вимоги іпотекодержателя до боржника шляхом отримання права на задоволення своїх майнових інтересів за рахунок коштів, від продажу чи іншого розпорядження предметом іпотеки [63, с. 4]. В свою чергу, заклад, як різновид застави, має дві особливі ознаки: по-перше, предметом можуть виступати лише рухомі речі, по-

друге, заклад передбачає передачу речі у володіння кредитора-заставодержателя [21].

В порівнянні з гарантією, предметом застави можуть бути не лише грошові кошти, а й будь-яке майно, цінні папери, майнові права та навіть майбутній урожай та приплід худоби (ч. 1, 2 ст. 576 ЦК України). Однак майнові права до 2008 року не могли бути предметом застави, а тому дане положення було прецедентним, у зв'язку з чим мало багато звернень до судової системи з даного питання. Прикладом цього є рішення ВСУ по справі № 523/13462/15-ц від 14 лютого 2018 року за позовом ПАТ «Укрсоцбанк» про звернення стягнення на предмет іпотеки [12]. Підставою для визнання договору іпотеки недійсним відповідач вважає, ту обставину, що на час укладання цих договорів майнові права не могли бути предметом іпотеки, Під час судового розгляду було встановлено, що на час укладення спірних договорів іпотеки (1, 2, 16 липня та 12 серпня 2008 року) стаття 5 Закону № 898-IV не визначала майнові права як предмет іпотеки, а відповідні зміни до цієї статті були внесені Законом № 800-VI від 25 грудня 2008 року.

Співвідношення гарантії із притриманням. За ст. 594 ЦК України кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання [2].

Зміст цього способу забезпечення виконання договірних зобов'язань проявляється у наступному - кредитор має право не віддавати річ боржнику доки останній не виконає свої зобов'язання. Дії кредитора є законними, саме тому в даному випадку у кредитора виникає ще наступне право : у разі невиконання або неналежного виконання боржником свого зобов'язання, предмет притримання повністю переходить до кредитора і може бути ним реалізований, щоб забезпечити свої потреби чи інтереси. Однак, притримується тільки така річ, якою кредитор правомірно володіє, і саме ця річ підлягає передачі боржникові [19, с. 54]. Щодо основних ознак притримання:

1) сторонами відносин є кредитор – особа, яка має право притримувати у себе предмет зобов'язання, що належить боржникові, та боржник – особа, що не виконує або неналежно виконує вимоги кредитора; 2) право притримання має акцесорний характер; 3) предметом притримання є речі, правову регламентацію яким дає ст. 179 ЦК України. Так, відповідно до ст. 179 ЦК України, річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки [2], тобто ми бачимо, що майнові права або послуги предметом притримання бути не можуть в порівнянні з заставою. 4) кредитор має право притримати річ у себе також у разі, якщо права на неї, котрі виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа (ч. 3 ст. 594 ЦК України). Але поряд з цим, відповідно до ч. 4 ст. 594 ЦК України, у кредитора виникає наступний обов'язок - нести відповідальність за пошкодження речі або її випадкове знищення, якщо інше не встановлене законом; б) основною особливістю є те, що у разі притримання речі, кредитор не набуває права власності на неї, на відміну від права довірчої власності. (ч.1 ст. 596, ч. 3 ст. 597¹ ЦК України), та виступає у ролі володільця прав на чужу річ, в порівнянні із заставою; 7) якщо річ притримання була передана боржнику, це є ознакою того, що відносини щодо притримання завершені, і кредитор не має права ані вимагати, ані повернути або забрати річ [2].

Як приклад практичного використання видів забезпечення виконання зобов'язань є п. 32 постанови Кабінету Міністрів 24 України « Про затвердження загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 1 серпня 2005 року, поточною редакцією від 24.03.2021 [11].

Співвідношення гарантії із довірчою власністю. За ст. 597¹ ЦК України за договором про встановлення довірчої власності одна сторона (довірчий засновник) передає майно другій стороні (довірчому власнику) на праві довірчої власності для забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором, договором позики [2].

Дуже цікавим є аналіз права довірчої власності у співвідношенні з гарантією, адже сам інститут права довірчої власності, як один із способів забезпечення виконання зобов'язань є новелою цивільного законодавства.

У вересні 2019 р. вітчизняний законодавець поповнив перелік способів забезпечення виконання зобов'язання правом довірчої власності (§ 8 гл. 49 ЦК України) [2], а саме у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект, розроблений Кабінетом Міністрів України (відповідальне Міністерство економічного розвитку і торгівлі України) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань» від 10.03.2016 № 4188 [9]. Виходячи з цього, деякі науковці вважають, що потроху в Україні з'являється зацікавленість в удосконаленні видів забезпечення зобов'язань та виникають спроби запровадити інститут забезпечувальної довірчої власності [22, с. 24]. Основні положення законодавчих новел передбачають, що зобов'язання може бути забезпечене шляхом передання (що не є відчуженням) кредитору у довірчу власність майна об'єкта забезпечення, в свою чергу кредитор, на відміну від застави (іпотеки), виступає власником майна та може реалізувати об'єкт забезпечення від свого імені у випадку невиконання боржником своїх зобов'язань, зазначає Шимон Л.С. Запозичення українським законодавцем такого способу забезпечення породжує низку проблем, оскільки саме існування права довірчої власності у вітчизняній правовій системі є «стороннім тілом». Для континентальної системи права не характерне «розщеплене» право власності, тобто коли таке право належить у повному обсязі не одному власнику, а водночас довірчому власнику на підставі договору та власнику, з яким такий договір укладений довірчим власником [68, с. 17].

Поняття «довірча власність», на думку О. С. Яворської, неоднозначне у правовій системі України, про що свідчать численні наукові дослідження на різних рівнях, а з моменту встановлення довірчої власності як забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором, договором позики, право власності боржника на відповідне майно припиняється [70, с. 284].

Думки науковців та юристів дещо розділяються з приводу нововведення довірчої власності. Що стосується плюсів нового інституту - мінімізація ризику кредиторів, пов'язаних з поверненням проблемної заборгованості, та створення передумов для зростання обсягів кредитування бізнесу. Для кредитора механізм звернення стягнення на майно, що перебуває у довірчій власності, набагато простіший та реалізується у більш короткі строки, ніж повернення грошових коштів чи реалізацію механізму застави та/або іпотеки. Загальні положення щодо даних понять зазначені в ЗУ «Про іпотеку» [6] та «Про заставу» [5]. Також звернення стягнення не може бути зупинено процедурою банкрутства боржника.

Щодо позитивних сторін для сторони боржника на користь довірчої власності можна буде пояснити більш привабливими умовами кредитування, наприклад, наявністю пільгового періоду або більш низькою ставкою чи інших більш вигідних умов. В свою чергу Законом з метою захисту інтересів боржника встановлюється, що до надання кредиту або позики, що забезпечується переданням нерухомого майна у довірчу власність, кредитор зобов'язаний запропонувати боржнику надання такого кредиту, позики, можливість забезпечити виконання цих зобов'язань іншим способом кредитного договору, договору позики, що забезпечується переданням майна у довірчу власність, можуть відрізнятися від умов кредитного договору, договору позики, що забезпечується іншим способом. (ч. 4 ст. 597¹ ЦК України) [2].

Якщо порівнювати позитивні та негативні сторони кожної зі сторін зобов'язання права довірчої власності та гарантії, можна дійти висновку, що більша мінімізація ризиків кредитора забезпечується саме правом довірчої власності, оскільки боржник передаючи об'єкт довірчої власності позбавляється права власності на нього, в свою чергу кредитор має повне право користування. Виходячи з цього, для боржника даний спосіб забезпечення виконання зобов'язання є менш привабливим, оскільки за гарантією за невиконання або неналежне виконання свого зобов'язання та сплати грошової суми гарантом він лише подовжує строк виплати суми основного зобов'язання, через процедуру зворотної вимоги.

РОЗДІЛ 2

ОСОБЛИВОСТІ ГАРАНТІЇ ЯК ОДНОГО ІЗ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

2.1 Дефініція гарантії та здійснення прав учасниками її правовідносин

За ст. 560 ЦК України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку [2].

Розглядаючи більш детально поняття гарантії, як одного із способів виконання зобов'язань, за думкою Харитонова Є. О. та Старцева О. В. саме вона, як і порука, має на меті залучення до зобов'язання інших осіб, майно яких поряд із майном боржника теж могло би слугувати меті задоволення вимог кредитора за основним зобов'язанням, а тому є надійним, твердим забезпеченням виконання зобов'язань [66, с. 334].

За твердженням Дзери О. В. гарантія як один з видів забезпечення зобов'язання є дуже унікальним з юридичної точки зору інструментом. Науковець підкреслює, що зобов'язання банку-гаранта перед бенефіціаром не залежить від основного зобов'язання принципала (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли посилання на таке зобов'язання безпосередньо міститься в тексті гарантії (ст. 562 ЦК України). Таким чином, даний спосіб забезпечення виконання зобов'язання як гарантія є виключенням, яке випадає з-під дії загальної норми ч. 2 ст. 548 ЦК України, про недійсність основного зобов'язання (вимоги), яке спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення [2]. На гаранта покладається лише обов'язок повідомити про це кредитора і боржника (ч. 3 ст. 565 ЦК України) [2]. Але головною метою надання гарантії є забезпечення належного виконання принципалом своїх обов'язків перед бенефіціаром, тому незважаючи на самотійність та незалежність гарантії від основного зобов'язання, як і у випадках з іншими способами забезпечення

зобов'язання, можливе тільки при існуванні основного зобов'язання. Неможливе ігнорування забезпечувальної функції гарантії [27].

Незалежність гарантії від основного зобов'язання, проголошена законодавцем у ст. 562 ЦКУ, означає її самостійність лише у відносинах кредитора (бенефіціара) з гарантом. У відносинах же боржника з кредитором, останній зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості з боржником, в цих відносинах право кредитора заявити вимогу за гарантією гаранту виявляється залежним від основного зобов'язання. Щоб зрозуміти незалежність гарантії як одного з видів забезпечення виконання зобов'язань, необхідно розглянути весь комплекс гарантійних забезпечувальних відносин. Згідно зі ст. 560 ЦКУ у відносинах за гарантією беруть участь три суб'єкта – гарант, бенефіціар (кредитор за основним зобов'язанням) та принципал (боржник за основним зобов'язанням). При цьому законодавець закріпив положення про гарантію лише як про односторонній правочин (§ 4 гл. 49 ЦК), відповідно врегулювавши відносини тільки між гарантом та кредитором (бенефіціаром). Такий підхід не дає цілісного уявлення про виникнення та реалізацію цього виду забезпечення, встановленого, як і інші, з метою захисту порушених прав кредитора у договірному зобов'язанні. Розглядати гарантію лише як односторонній правочин, вчинений гарантом на користь кредитора (бенефіціара) недостатньо, оскільки гарантії, виданої банком за певну винагороду боржника (принципала), не може існувати без договору боржника (принципала) з кредитором (бенефіціаром), для забезпечення виконання за яким кредитор вимагає від боржника забезпечення у вигляді гарантії фінансової установи. Отже, гарантія є чинником забезпечувальної конструкції, яку становлять відносини боржника (принципала) і кредитора (бенефіціара); боржника (принципала) і гаранта; кредитора (бенефіціара) і гаранта. Лише в цілісності ця конструкція є одним з видів забезпечення виконання зобов'язань. Якщо при дослідженні гарантії як правового інституту головною фігурою виступає гарант, то з економічної точки зору головною діючою особою у системі гарантійних відносин, встановлених на випадок можливого порушення

боржником договору, виступає кредитор (бенефіціар). Саме кредитор (бенефіціар) при укладенні договору з боржником (принципалом) вимагає надання останнім забезпечення виконання свого обов'язку, тобто ініціює виникнення гарантії. Кредитор, задля надійності гарантії, обирає гаранта, до якого в разі порушення зобов'язання боржником пред'явить вимогу. На кредитора (бенефіціара) покладаються і наслідки пред'явлення необґрунтованої вимоги (ст. 1212 ЦКУ). Приймавши рішення про забезпечення виконання зобов'язання гарантією, у кредитора та боржника є можливість укласти як попередній договір про укладення у майбутньому основного договору за умови надання боржником гарантії, так і основний договір під умовою, вказавши, що права та обов'язки виникнуть у момент видачі на користь кредитора гарантії або що моментом виконання кредитором обов'язку за цим договором виступатиме момент виникнення у нього права за гарантією. При цьому сторони домовляються про істотні умови гарантії, які будуть передані боржником гаранту для внесення їх до тексту гарантії [54, с. 379].

Для одержання гарантії боржнику (принципалу) потрібно звернутися до потенційного гаранта, і у разі згоди останнього - укласти договір про видачу гарантії. За допомогою договору відбувається встановлення юридичних прав і обов'язків учасників суспільних відносин в індивідуальному порядку, як зазначає В. В. Мухін [45, с. 21]. Саме договір гарантії виступає зв'язуючим ланцюгом між основним договором боржника і кредитора та гарантією як одностороннім правочином, вчиненим гарантом, оскільки у договорі про видачу гарантії зазначається, що гарантія видається на прохання боржника (за його заявою) в зв'язку з обов'язком перед кредитором за основним договором [54, с. 380].

Отже, підстави виникнення гарантійних правовідносин складаються з наступних юридичних аспектів: порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, а саме невиконання або неналежне виконання свого обов'язку; укладання договору між гарантом та боржником, щодо надання гарантії; безпосередня видача гарантії.

Що стосується безпосередньої видачі гарантії, спираючись на теоретичні положення, сучасні наукові думки та зарубіжний досвід, маємо змогу сформулювати певні висновки та пропозиції, що мають теоретичне й практичне значення, а саме: виникнення гарантійних правовідносин характерне вчиненню двох дій: договором між принципалом і гарантом про видачу гарантії і власне видачою гарантії, яка є одностороннім правочином. Тому на думку Л.С. Шимон є сенс доповнити § 4 гл. 49 ЦК України статтею, присвяченою договору про видачу гарантії: «За договором про видачу гарантії гарант на письмове прохання принципала зобов'язується видати гарантію як забезпечення виконання зобов'язання принципала перед бенефіціаром, а принципал зобов'язується сплатити гаранту за видачу гарантії» [68, с. 203]. Погоджуємося з даною думкою, та як доповнення до даної пропозиції – вказати конкретну назву письмового правочину, який повинен надавати гарант при видачі принципалу гарантії.

У разі виникнення забезпечувального права за гарантійним зобов'язанням, гарант зобов'язаний сплатити на підставі заявленої у встановленому порядку вимоги бенефіціарові за забезпеченим гарантією зобов'язанням відповідну грошову суму (така сума здебільшого іменується комісією за гарантію), без зволікань повідомити про це принципала і передати копії вимоги з усіма документами, що стосуються цієї вимоги [37, с. 57]. Відповідно, згідно ст. 564 ЦК України, гарант повинен розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами у встановлений у гарантії строк, а в разі його відсутності – у розумний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії [2]. До них належать документи щодо підтвердження виникнення зобов'язання між кредитором і боржником, документи, які підтверджують факт невиконання чи неналежного виконання зобов'язання боржником тощо. Звертаючись з вимогою до гаранта, кредитор має зазначити факт порушення боржником основного зобов'язання, яке забезпечене гарантією.

Головною метою незалежної гарантії є мінімізація часу. Швидке отримання грошових сум за банківською гарантією надає кредитору (бенефіціару) виконання за порушенням боржником (принципалом) грошовим

зобов'язанням і відповідно призводить до звільнення боржника (принципала) від обов'язку виконання договору. Останнє дозволяє визначати незалежну неакцесорну гарантію новим унікальним способом забезпечення зобов'язання, що видається, зазвичай, потужною фінансовою установою, та особливо надійно захищає інтереси кредитора [68, с. 110]. Зробивши підсумок вищезазначеного, можна ствердити, що у разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, кредитор, пред'явивши вимогу до гаранта, отримає його виконання в порядку захисту. При чому отримання даної виплати за гарантією має бути здійснено у найкоротші строки. Наприклад, вимога ПАТ «Пиво-безалкогольний комбінат «Славутич» (кредитор за основним зобов'язанням) була задоволена банком гарантом – «Райффайзен Банк Аваль» на п'ятий робочий день з моменту її одержання банком-гарантом [15].

Припустимо, що кредитор (бенефіціар) скористався своїм правом за гарантією не у зв'язку з порушенням боржником забезпеченого зобов'язання, зокрема, пред'явив вимогу гаранту після належного виконання зобов'язання боржником. За такими обставинами принципал (у разі пред'явлення йому гарантом регресної вимоги) має право звернутися до суду і, довівши, що бенефіціар отримав подвійне виконання – має право вимагати від останнього повернення одержаної останнім грошової суми як безпідставно одержаної в силу положень ст. 1212 ЦК України [2]. Зміст даного положення підтверджує, що незалежність гарантії від основного зобов'язання обумовлена єдиною метою – надійного та швидкого захисту кредитора шляхом обрання гарантії, як спосіб забезпечення виконання зобов'язання [68, с. 15].

Шимон Л.С. вважає, що основною ознакою способів забезпечення виконання зобов'язання є наявність у них забезпечувального джерела, а саме обов'язку третьої особи виконати порушене боржником зобов'язання на вимогу кредитора (для особистих забезпечень) та певного майна (для майнових забезпечень). При цьому обраний спосіб забезпечення встановлюється в інтересах кредитора, за його ініціативою, але за рахунок боржника. Коли забезпечувальне джерело складає обов'язок третьої особи (поручителя чи

гаранта) виконати порушене боржником зобов'язання, захист кредитора відбувається опосередковано. Після сплати обумовленої суми за договором гарантії, гарант має право на відшкодування боржником сплаченої грошової суми кредитору, шляхом зворотної вимоги. При цьому розмір забезпечувального джерела, обумовлений розміром вимоги кредитора за основним зобов'язанням. Оскільки, за гарантією він обмежується сумою, зазначеною в договорі гарантії [68, с. 30].

Гарантія – це один із видів (способів) забезпечення виконання зобов'язань, який полягає у тому, що банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором виконання боржником свого обов'язку. Цивільно-правова конструкція гарантії відрізняється її від інших видів забезпечення виконання зобов'язань, а саме: спеціальним суб'єктним складом та незалежністю зобов'язань за гарантією від основного зобов'язання (принцип незалежності гарантії). Принцип незалежності гарантії пов'язаний з її комерційною привабливістю порівняно зі схожими видами забезпечення виконання зобов'язання, наприклад, порукою. Незалежність гарантії збалансовується правилом про те, що гарант має право на зворотню вимогу до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторів, якщо це встановлено договором між гарантом і боржником [2]. Слід зазначити, що серед науковців присутні дискусії щодо сутності гарантії. Одні вважають її одностороннім правочином, інші – договором між гарантом та боржником щодо надання гарантії, в нашому випадку – це договір на користь третьої особи (стягувача). Це і не дивно, оскільки законодавець закріпив у ЦК України принципово новий інститут гарантії [72, с. 8].

Відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність» видача гарантій вважається банківською операцією, а відтак гарантія є не лише видом забезпечення зобов'язань, а й видом фінансових послуг [3]. Як зазначає І.Й. Пучковська, вчиняючи таку дію, гарант, по суті, виконує грошове зобов'язання принципала перед бенефіціаром повністю або в певній частині, але не більше суми, зазначеної у гарантії, відповідно до умов гарантії [54, с. 373]. Згідно з ч. 1

ст. 566 ЦК України обсяг відповідальності гаранта перед бенефіціаром за порушення боржником-принципалом зобов'язання, забезпеченого гарантією, обмежується сплатою суми, на яку її видано [2]. Однак, беручи до уваги наступний за цим твердженням абзац даної статті, ми бачимо, що навпаки, відповідальність перед кредитором не обмежується сумою, на яку видано гарантію, але дане положення застосовуються лише у випадку порушення гарантом свого обов'язку перед бенефіціаром.

Крім цього, відповідно до ст. 569 ЦК України гарант, сплативши кредитору суму відповідно до умов гарантії, має право на зворотну вимогу до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредитору [2]. Відтак гарантія може стати цікавою всім учасникам правовідносин: 1) кредитор (стягувач) отримує гарантію від банку, що зобов'язання боржника будуть виконані; 2) боржник отримує можливість заробити кошти і його певний час більше не турбує виконавець; 3) банк як гарант від цієї операції отримує винагороду; 4) виконавець на певний час позбавляється проблеми стягнення періодичних платежів із боржника, який фактично не платоспроможний. Якщо боржник укладає з банком договір гарантії, то банк-гарант стає зацікавленим в укладенні з боржником й інших договорів, зокрема: надання йому кредитних коштів та погашення заборгованості перед стягувачем; обслуговування рахунку, на який боржник перераховуватиме зароблені за межами України кошти для погашення кредиту та для сплати періодичних платежів; виконання операцій по перерахуванню коштів на рахунок органу виконання рішень для сплати періодичних платежів тощо. Оскільки всі учасники зазначених правовідносин матимуть свій інтерес у застосуванні гарантії як способу забезпечення виконання боржником зобов'язань у виконавчому провадженні, то залишається вирішити лише деякі процедурні моменти, що за наявності доброї волі всіх учасників цілком можливо [72, с. 10].

В літературі виділяють наступні різновиди гарантії: умовна банківська гарантія – вид гарантії, за якої вимога бенефіціара до гаранта підлягає задоволенню тільки в разі, якщо бенефіціар надасть судове рішення або інший

доказ неналежного виконання принципалом своїх договірних, забезпечених гарантією, зобов'язань; безумовна банківська гарантія – вид гарантії, за якої гарант проводить платіж після простої першої вимоги бенефіціара, навіть якщо вона не підтверджена доказами неналежного виконання принципалом своїх договірних, забезпечених гарантією, зобов'язань; відклична банківська гарантія – вид гарантії, за якої гарант може відкликати її у будь-який час, але до заявлення до нього вимоги бенефіціаром; безвідклична банківська гарантія – вид гарантії, за якої гарант не може у подальшому її змінити або скасувати без згоди бенефіціара; пряма банківська гарантія – вид гарантії, за якої гарант зобов'язаний безпосередньо перед бенефіціаром; непряма банківська гарантія – вид гарантії, за якої банк-гарант принципала просить інший банк виступити гарантом цього принципала [37, с. 56]. Також варто згадати гарантію, яка сприяє забезпеченню тендерної пропозиції, тобто, яка забезпечує виконання зобов'язань учасником перед замовником, щодо правовідносин, які виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції [7].

Науковці вважають, що відповідно до положень чинного законодавства України статус гарантів мають фінансові установи, як правило, банки. Останнє дозволяє визначити сутність гарантії (за походженням, формою, змістом) як банківської. І хоча така назва фігурує лише в ГК України, а в ЦК України законодавець не застосовує поняття «банківська гарантія», за ЦК України маємо справу з гарантією, яка по своїй суті є банківською гарантією [68, с. 92]. Дійсно, в §4 Глави 49 ЦК України не зустрічається поняття «банківська гарантія», адже це твердження буде прямо протилежним ч. 1 ст. 560 ЦК України, в якій вказано, що гарантом може виступати не лише банк, а й інша фінансова установа та страхова організація.

Відповідно до змісту статей 560–569 ЦК України, розділу III Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах [10], а також враховуючи положення статей 547 та 208 ЦК України, видача гарантії здійснюється шляхом складання письмового правочину [2]. Цей правочин може мати назву «гарантія», «гарантійний лист» або

«банківська гарантія» – згідно зі ст. 200 ГК України. При цьому назва «банківська гарантія» може використовуватися як щодо гарантії, виданої банком, так й іншою кредитною установою. Всі наведені назви рівною мірою застосовуються на практиці. Принциповим для розуміння зобов'язання як гарантійного є відповідність змісту документа поняттю та природі обраного виду забезпечення виконання зобов'язання [68, с. 100-101].

Звернемось до ГК України, а саме до ч. 2 ст. 173, в якій зазначено, що основними видами господарських зобов'язань є майново - господарські зобов'язання та організаційно - господарські зобов'язання. Майново - господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності (ч. 1 ст. 175 ГК України). Але наступним абзацом даної статті йде посилання на Цивільний кодекс України а саме, що майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом [1]. А отже, порівнюючи поняття гарантії, яке законодавчо закріплене в ст. 560 ЦК України та ст. 200 ГК України, можемо поглиблено дослідити твердження Л.С. Шимон, щодо назв гарантій, які рівною мірою застосовуються на практиці.

По-перше, ст. 200 ГК України має назву «Банківська гарантія забезпечення виконання господарських зобов'язань», але розкриваючи сам зміст поняття гарантії, наступним абзацом, законодавець не використовує визначення «банківська». Слід за цим в ч. 4 ст. 200 цього Кодексу зазначено, що до відносин банківської гарантії в частині, не врегульованій цим Кодексом, застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України. А за ЦК України, навпаки, в §4 Глави 49, в якому закріплені загальні положення гарантії, як одного із засобів забезпечення зобов'язання, не зустрічається поняття «банківська гарантія», чим вбачаються певні розбіжності в поняттях. Саме тому, вважаємо за потрібне внести деякі зміни до ст. 200 ГК України, включаючи назву, а саме прибрати визначення «банківська», після чого доречним стане відсилання даної статті стосовно врегулювання відносин гарантії на §4 Глави 49 ЦК України.

2.2 Строк дії та порядок припинення договірних зобов'язань, забезпечених гарантією

В. К. Матвійчук та І. С. Тімуш цитують положення ЦК України, а саме ст. 561, гарантія діє протягом строку, на який вона видана. Гарантія є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. Гарантія не може бути відкликана гарантом, якщо в ній не встановлено інше [43, с. 105].

Помітною є диспозитивність положення даної статті, а саме дозвіл на вирішення сторонами питання щодо моменту настання юридичної сили та відкличності гарантії.

Виходячи з даного законодавчого положення, С. С. Бичкова констатує, що межі строку (початок та закінчення) обмежуються термінами – відповідними моментами у часі, які визначаються календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати [20, с. 62].

ЦК України не встановлює обмеження щодо строку дії гарантії. Наприклад, можливо встановити у гарантії такий строк, за яким гарантія продовжуватиме дію і після закінчення строку позовної давності за основним зобов'язанням. Щодо ч. 2 ст. 561 ЦК України, науковці вважають недоречним тлумачення поняття «видачі» гарантії. На їх погляд, доцільним буде тлумачення, за яким гарантія вважається виданою, коли вона фактично передана кредитору [46, с. 65-66].

Основним обов'язком гаранта є задоволення письмової вимоги кредитора. Відповідно до ст. 564 ЦК України після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника і передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами [2]. Гарант повинен розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами в установленій в гарантії строк, а у разі відсутності – в розумний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії. Поняття «розумний строк» є оціночним, а отже, визнання строку розгляду вимоги розумним має проводитись з урахуванням всіх обставин справи [71, с. 32].

Виходячи, з даної думки науковців для розуміння поняття розумних строків, порядку їх застосування та звернувшись до процесуального кодексу, ми з'ясували, що розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання певних процесуальних дій.

Строк дії гарантії – це строк існування права бенефіціара на пред'явлення вимоги до гаранта, який взяв на себе обов'язок нести відповідальність за порушення зобов'язання принципалом. Цей строк є стрижнем гарантії як особистого забезпечення. Він є присічним, тобто строком, який встановлюється законом або договором як межа існування та здійснення суб'єктивного права або обов'язку в часі, зі спливом якого припиняється суб'єктивне право чи суб'єктивний обов'язок, й у разі його пропуску не може бути поновлений судом. Після закінчення строку дії гарантії гарант не відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Тому, якщо бенефіціар бажає скористатися своїм правом, він має пред'явити вимогу до гаранта про здійснення платежу саме протягом цього строку [68, с. 101]. Що стосується самої вимоги до гаранта, згідно з ч. 2 ст. 563 ЦК України вимога кредитора до гаранта про сплату грошової суми відповідно до виданої ним гарантії пред'являється у письмовій формі [2]. Тобто, бачимо, що законодавець закріпив певний імператив даного положення. Виходячи з цього та керуючись ч. 4 ст. 203, та ч. 1 ст. 215 ЦК України, у разі недодержання письмової форми даних правочин вважатиметься нікчемним.

Обов'язок гаранта є безумовним і не залежить від причин невиконання боржником свого зобов'язання перед кредитором (бенефіціаром). Тому, навіть у випадку, якщо принципал не виконав свого зобов'язання внаслідок випадку або непереборної сили, що за загальними правилами ст. 617 ЦК України є підставою для звільнення від відповідальності, гарант зобов'язаний задовольнити вимогу кредитора, крім випадків, коли про інше є застереження в умовах самої гарантії [69, с. 19].

Також згідно із ч. 5 ст. 563 ЦК України кредитор не вправі передавати іншій особі право вимоги до гаранта, якщо інше не встановлено гарантією [2].

Знову ж таки, як і щодо строків, присутній варіант права вирішення сторонами даних цивільно-правових відносин.

Отже, виникнення гарантійних правовідносин обумовлене послідовним вчиненням двох дій: договором між принципалом і гарантом про видачу гарантії і безпосередньою видачею гарантії. При цьому остання, як слушно відзначається П. Д. Петренком, є одностороннім правочином [50, с. 7], а тому вона не потребує схвалення її бенефіціаром. Думка бенефіціара враховується під час укладання основного зобов'язання із принципалом, на забезпечення виконання якого можливе надання будь-якого із видів забезпечення виконання зобов'язання.

У разі, коли гарант не сплатить на вимогу кредитора (бенефіціара), тобто добровільно не виконає свого обов'язку – відповідати перед останнім за порушення зобов'язання боржником (принципалом), кредитор має право звернутися з позовом про стягнення з гаранта грошової суми, вказаної в гарантії, а також про сплату процентів річних за порушення останнім грошового зобов'язання (ст. 625 ЦК України) у межах загального строку позовної давності [2]. Отже, гарант, як і поручитель, відповідає не тільки за порушення зобов'язання боржником, а й несе самостійну відповідальність за порушення свого обов'язку як боржник за грошовим зобов'язанням (ст. 566 ЦК України). На практиці бенефіціари активно застосовують положення ст. 625 ЦК України у разі порушення гарантами своїх обов'язків, пред'являючи вимоги не лише стосовно примусового виконання гарантом свого обов'язку, а й з сплати інфляційних втрат та трьох відсотків річних від простроченої суми [68, с. 117-118]. Як приклад даного положення розглянемо Постанову Верховного Суду України від 02.03.2018 р. у справі № 910/8297/17, в якій позивач військова частина А0215 звернулась до суду позовом до ПАТ «Банк Михайлівський», який виступає гарантом у цивільно-правових відносинах, про стягнення заборгованості, з врахуванням гарантійного забезпечення, інфляційних втрат та 3% річних, у зв'язку з неналежним виконанням принципалом, взятих на себе зобов'язань [13].

На думку вчених, у площині конкретних цивільних правовідношень, яким є зобов'язання, припинення призводить до того, що принципал перестає бути

зобов'язаним вчинити певні дії на користь бенефіціара, які становлять предмет зобов'язання, або утриматися від вчинення певних дій, а бенефіціар, у свою чергу, втрачає право вимагати від принципала виконання обов'язку за договором [30, с. 143]. В свою чергу, гарант, при зворотній вимозі (регресі) отримує право вимагати сплати грошових коштів принципалом, згідно договору гарантії, оскільки регресне зобов'язання, як вважає Жила О. В., за своєю юридичною природою є різновидом охоронних цивільних правовідносин за участю третіх осіб [29, с. 11].

2.3 Поняття зворотної вимоги при забезпеченні виконання зобов'язання гарантією

Згідно ч. 1 ст. 569 ЦК України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторів, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником [2]. Відразу бачимо, що положення є диспозитивним, оскільки немає чітко зазначеної обов'язкової норми, а присутній варіант встановлення будь-якої суми за домовленості гаранта та боржника.

Проаналізувавши основні результати кодифікації цивільного законодавства, помітна думка вчених стосовно того, що вплив держави на майнові відносини у приватній сфері значно звужується, а принцип свободи договору, навпаки, стає більш розповсюдженим, так як його дія забезпечує свободу вибору контрагента, визначення умов договору за домовленістю сторін та застосування санкцій винятково на їх розсуд [35, с. 81].

Оплата послуг гаранта, яка зазначена в ст. 567 ЦК України має включати в себе деякі уточнення. Насамперед, ми б звернули увагу на питання строків даного положення, а саме строків оплати послуг боржником, і віднесенню даного положення до істотних умов гарантії. Також неврегульоване питання розміру оплати цих послуг. Звісно, наша пропозиція не включає в себе прив'язку до відсотків від сум та конкретних цифр, але ми вважаємо, у ч. 1 ст. 567 ЦК України:

гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові, має бути прописана конкретика положень стосовно розміру та строків оплати послуг гарантові, посилаючись на договір між гарантом та боржником, а якщо зміст договору не дає змоги визначити цей строк, - відповідно до положень статті 530 цього Кодексу. Цим самим ми посилаємось на загальні строки (терміни) виконання зобов'язань. Згідно ч. 2 ст. 530 ЦК України якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства [2]. Ми досягнемо більшої конкретики у врегулюванні відносин гаранта та боржника, та захистимо інтереси менш захищеної сторони за договором.

Стосовно граничного обсягу регресної вимоги гаранта також присутні деякі особливості. Гарант не вправі вимагати від боржника (принципала) відшкодування суми, що перевищує вказану в гарантії, якщо договором не передбачено інше. Зокрема, у разі сплати гарантом кредитору (бенефіціару) встановлену в гарантії суму та штрафні санкції за затримку у задоволенні вимоги кредитора (бенефіціара) за гарантією, то суми, сплачені кредитору (бенефіціару) за порушення гарантом свого зобов'язання, не підлягають відшкодуванню боржником (принципалом) гаранту в порядку регресу [68, с. 5].

Додатковим аргументом на користь концепції регресу свідчить той факт, що зобов'язання гаранта є незалежним щодо основного, а гарант не розглядається як співборжник принципала, тому не може йтися про заміну кредитора в основному зобов'язанні [41, с. 146]. Цієї ж думки притримується Слома В. М. [62, с. 95].

За думкою Пучковської І. Й. враховуючи, що за надання такої фінансової послуги, як видача гарантії, боржник сплачує гаранту винагороду незалежно від того, чи буде пред'явлена гарантія для оплати гаранту кредитором, цілком зрозумілою є поведінка боржника по виконанню регресної вимоги гаранта після

сплати ним кредитору, а не свого обов'язку перед кредитором: якщо гроші доведеться платити, то хоча б час виграти на свою користь. Наведений приклад свідчить не на користь виконання гарантією стимулюючої функції. Отже, стимулюючий вплив на боржника види забезпечення чинять загрозою настання невігідних наслідків їх реалізації, що має місце не в усіх випадках їх встановлення, і відповідно виконання останніми стимулюючої функції не є обов'язковим [54, с. 57].

Повністю погоджуємося з даною думкою, так як з вищевикладеного зрозуміло, що гарантія забезпечує майнові інтереси кредитора за основним зобов'язанням у разі порушення останнього боржником, а не стимулює боржника до виконання зобов'язання належним чином в зазначений строк. З'ясовано, що гарантом виступає банк, інша фінансова установа, страхова організація, яка бере на себе відповідальність за неналежне виконання принципалом свого зобов'язання, сплачуючи обумовлену в договорі суму бенефіціару. Дійсно, сторона гаранта має власну вигоду в даних цивільно-правових відносинах, а саме винагороду, яку отримує від принципала після зворотної вимоги, але цим самим ми розуміємо, що у принципала в даній ситуації зовсім немає вмотивованості сплачувати заборгованість перед бенефіціаром в зазначений строк; а гарант має змогу отримати винагороду навіть у випадку невиконання свого зобов'язання за договором гарантії. За ЦК України принципал, в будь-якому випадку здійснює оплату послуг гаранта (навіть якщо виконає свої зобов'язання перед бенефіціаром). А отже, варіантом свого неналежного виконання за основним зобов'язанням він лише подовжує строк виплати суми основного зобов'язання. Саме тому, на нашу думку, в договорі між гарантом та боржником потрібно розмежувати розмір винагороди на 2 складові: у разі належного виконання зобов'язання принципалом в зазначений строк та у разі неналежного виконання основного зобов'язання принципалом, та сплати гарантом грошової суми бенефіціару, за договором гарантії. При цьому, за домовленістю сторін, доречнішим було б зазначити розмір винагороди в першому випадку в меншому розмірі, вмотивовуючи принципала сплатити

грошову суму за основним зобов'язанням в зазначений строк, та уникнути безпідставного збагачення гаранта за рахунок принципала.

Термін «регрес» у буквальному розумінні означає «рух назад». У цивільному праві регресні зобов'язання розуміються як зворотні вимоги, спрямовані на повернення того, що було сплачено однією особою через вину іншої. Положення регресного зобов'язання як особливого виду зворотної вимоги можливі лише тоді, коли основне зобов'язання виконано однією особою (гарантом), але з вини іншої особи або за іншу особу (боржника), на якій і лежить обов'язок здійснити цей платіж. У зв'язку із цим поряд зі сторонами основного зобов'язання необхідна наявність третьої сторони, за яку одна зі сторін основного зобов'язання і здійснить виконання [48, с. 88]. У випадку зворотної вимоги за гарантією, порушене принципалом (боржником) первинне зобов'язання виконує гарант, тим самим забезпечивши майнове становище бенефіціара (кредитора). В свою чергу, боржник – це особа, якій направлено відповідну вимогу з боку кредитора, щодо повернення сплаченого або відповідно одержаного в основному зобов'язанні [39, с. 173].

Також цікавою є думка Сломи В. М. про те, що право вимоги має внутрішню та зовнішню дію. Стосовно внутрішньої дії - право вимоги є відносною за своєю природою. Внутрішній аспект вимоги відображає зв'язок бенефіціара та принципала, в силу якого перший має право вимагати від другого вчинення будь-якої дії або утримання від дії. В свою чергу зовнішня дія права вимоги – абсолютна за своєю природою. Така дія права заснована на титулі, який як зовнішній його атрибут може бути пред'явлений будь-кому, хто на нього претендує. Зовнішня дія права вимоги покладає на всіх інших осіб, а не тільки на боржника, пасивний обов'язок утримуватися від посягання на дане суб'єктивне право [60, с. 82].

Визначено, що правовою формою відносин гарантії є грошова вимога бенефіціара до гаранта, якій кореспондує зобов'язання останнього задовольнити цю вимогу за умови її пред'явлення в письмовій формі з викладом факту порушення договірною зобов'язання, забезпеченого гарантією. При цьому вона

не лише не є різновидом поруки, а й суттєво відрізняється від неї, а також від інших способів забезпечення виконання зобов'язань. Це доведено специфічними рисами гарантії : особливим суб'єктним складом (принципал, бенефіціар та гарант), своєрідним змістом відповідних правових зв'язків, та положенням зворотної вимоги при виконанні гарантійного зобов'язання третьою особою. Також гарантія характеризується незалежністю, безвідкличністю, непередаваністю прав, адже згідно із ч. 5 ст. 563 ЦК України кредитор не вправі передавати іншій особі право вимоги до гаранта, якщо інше не встановлено гарантією [2]. З'ясовано роль договору про видачу гарантії для характеристики гарантійних відносин. Встановлено, що цивільні правовідносини, забезпечені гарантією включають дві складові : перша стосується дій боржника з отримання гарантії, друга – дій гаранта щодо безпосередньої видачі гарантії. Дії боржника з отримання гарантії реалізуються шляхом укладення договору з гарантом. При цьому гарант відповідає не тільки за порушення зобов'язання боржником, а й несе самостійну відповідальність за порушення свого обов'язку як боржник за грошовим зобов'язанням [68, с. 81].

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що гарантія характеризується специфічністю суб'єктного складу, незалежністю від основного зобов'язання та оплатністю послуг гаранта. Відмітні особливості змісту гарантії, порядку задоволення гарантом вимог кредитора призводять до того, що гарантія нині стає одним із найнадійніших та найпривабливіших для кредиторів способів забезпечення зобов'язання, тому цілком закономірно, що даний вид забезпечення виконання зобов'язань широко застосовуються у майновому обігу [55, с. 96].

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Спираючись на викладені в роботі теоретичні положення та сучасні думки науковців, які вносять вагомий внесок у вдосконалення українського законодавства та поліпшення врегулювання цивільних правовідносин між суб'єктами, ми дійшли наступних висновків:

1. Способи забезпечення виконання зобов'язань це сукупність заходів, за допомогою яких врегульовуються цивільно - правові відносини між бенефіціаром та принципалом, задля належного виконання останнім свого зобов'язання. Стосовно дефініції та мети способів забезпечення виконання зобов'язань, можна дійти висновку, що вони покликані охороняти інтереси менш захищеної сторони за договором, шляхом покладення додаткового зобов'язання на боржника або на третю особу. Тобто, ці способи спрямовані на упередження або зменшення обсягу негативних наслідків, які можуть настати у разі порушення зобов'язання.

2. Виявлено, що наявність та функціонування договору, при обранні такого способу забезпечення виконання зобов'язань, як гарантія, включаючи весь обсяг істотних умов, має досить вагоме значення, адже вона відіграє важливу роль у врегулюванні цивільно - правових відносин у фінансових та банківських сферах, з метою захисту прав та інтересів сторін.

3. З'ясовано, що до зобов'язально - правових видів забезпечення виконання договірних зобов'язань, окрім гарантії, відносяться також неустойка та порука, які за правовим регулюванням мають деякі елементи схожості та розбіжностей в порівнянні із гарантією, а саме: неустойка - застосовується у вигляді штрафу або пені за факт порушення договору, та порука, згідно якої залучається третя особа (поручитель), який відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником, однак всі вони мають на меті стимулювати боржника до виконання зобов'язання і захистити інтереси кредитора.

4. До речово - правових видів забезпечення виконання договірних зобов'язань відносяться завдаток, застава, притримання та право довірчої

власності. Проаналізувавши положення чинного законодавства та твердження вчених, можна відзначити, що завдаток є доказом наміру укладення майбутнього договору, застава є гарантією повернення коштів кредитора, притримання, в свою чергу, проявляється в тому, що кредитор має право не віддавати річ боржнику до моменту виконання ним свого договірної зобов'язання, а право довірчої власності можна охарактеризувати мінімізацією ризиків кредитора, оскільки боржник передаючи об'єкт довірчої власності позбавляється права власності на нього, в свою чергу кредитор має повне право користування.

5. Спираючись на положення ЦК України та сучасні думки науковців варто зазначити, що гарантія є надійним забезпеченням виконання зобов'язань, за яким банк, фінансова установа або страхова організація гарантує перед бенефіціаром виконання принципалом основного зобов'язання. Відтак кредитор отримує гарантію від банку, що зобов'язання боржника будуть виконані; боржник, в свою чергу, подовжує строк виплати суми основного зобов'язання, через положення регресу; а гарант, в будь-якому випадку, отримує винагороду за надання своїх послуг.

6. Стосовно строку дії та припинення договірних зобов'язань забезпечених гарантією, ми помітили диспозитивність деяких положень, закріплених чинним законодавством, а саме дозвіл на вирішення сторонами питання щодо моменту настання юридичної сили, відкличності гарантії, а також відсутності обмежень щодо строку дії гарантії (строку існування права бенефіціара на пред'явлення вимоги до гаранта, який взяв на себе обов'язок нести відповідальність за порушення зобов'язання принципалом). Також визначено, що припинення договірних зобов'язань при гарантії призводить до того, що принципал перестає бути зобов'язаним вчинити певні дії на користь бенефіціара, які становлять предмет зобов'язання, а бенефіціар, у свою чергу, втрачає право вимагати від принципала виконання обов'язку за договором.

7. Охарактеризовано, що важливим елементом гарантії є положення регресу, за яким гарант отримує право вимагати сплати грошових коштів принципалом, згідно договору гарантії, оскільки регресне зобов'язання є

різновидом охоронних цивільних правовідносин за участю третіх осіб. Також важливим спостереженням є те, що гарантія забезпечує майнові інтереси кредитора за основним зобов'язанням у разі порушення останнього боржником, а не стимулює боржника до виконання зобов'язання належним чином в зазначений строк, адже за надання фінансової послуги (гарантії) боржник сплачує гаранту винагороду незалежно від того, чи буде пред'явлена вимога для сплати гарантійної суми кредитором, а в разі цієї сплати лише подовжує строк виплати боржником суми основного зобов'язання, через процедуру зворотної вимоги, тим самим гарантія не виконує стимулюючий вплив на боржника.

Також розглянувши окремі думки науковців та положення чинного законодавства, ми провели всебічний аналіз, виявили деякі прогалини в законодавстві України, сформувавши висновки, виходячи з яких, пропонуємо внести наступні **зміни та доповнення** до деяких законодавчих актів України, а саме:

- внести зміни до ст. 200 ГК України, змінивши назву статті «Банківська гарантія забезпечення виконання господарських зобов'язань» на «Гарантія забезпечення виконання господарських зобов'язань» та відповідні зміни закріпити у вказаній статті;
- викласти ч. 4 ст. 200 ГК України в такій редакції : «До відносин гарантії в частині, не врегульованій цим Кодексом, застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України»;
- доповнити ч. 2 ст. 567 ЦК України новим реченням такого змісту : «Розмір оплати визначається договором між гарантом та боржником за їх спільною згодою»;
- доповнити ч. 3 ст. 567 ЦК України новим реченням наступного змісту : «Строк, за яким боржник має здійснити оплату послуг гарантові визначається в договорі, а якщо зміст договору не дає змоги визначити цей строк, - відповідно до положень статті 530 цього Кодексу»;
- закріпити в § 4 гл. 49 ЦК України статтю 567-1 з назвою «Умови розподілу оплати послуг гаранта» наступного змісту : «Оплата послуг гаранта

поділяється на 2 умови : у разі належного виконання зобов'язання боржником в зазначений строк та у разі неналежного виконання основного зобов'язання боржником, та сплати гарантом грошової суми кредитору, за договором гарантії».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
3. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14> (дата звернення: 12.10.2021).
4. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 р. № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
5. Про заставу : Закон України від 02.10.1992 р. № 2654-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
6. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
7. Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 12.11.2021).
8. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань : проект закону від 10.03.2016 № 4188. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58359 (дата звернення: 12.10.2021).
10. Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах : постанова

Правління Національного банку України від 13.01.2005 № 41/10321. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0041-05#Text> (дата звернення: 12.10.2021).

11. Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/668-2005-%D0%BF#Text> (дата звернення: 12.10.2021).

12. Постанова Верховного суду України від 14.02.2018 р. по справі № 523/13462/15-ц URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72243537> (дата звернення: 12.10.2021).

13. Постанова Верховного суду України від 02.03.2018 р. у справі № 910/8297/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72568449> (дата звернення: 12.10.2021).

14. Постанова Верховного суду України від 21.03.2019 р. по справі № 910/5726/18 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80648592> (дата звернення: 12.10.2021).

15. Рішення Господарського суду м. Києва від 11.09.2017 р. по справі № 910/8990/17 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69024718> (дата звернення: 12.10.2021).

16. Цивільний кодекс Грузії № 786-Іс. URL: http://www.jguard.ru/images/attaches/235/GK_Georgia.txt (дата звернення: 12.10.2021).

17. Цивільний кодекс Франції (Кодекс Наполеона) / пер. з франц. В. Захватаєв / передмова: А. Довгерт, В. Захватаєв / відп. ред. А Догверт. Істина, 2006. 1008 с.

18. Цивільне уложення Німеччини / пер. з нім. В. Бергманн. 3-ге вид., Волтерс Клувер, 2008. 896 с.

19. Аксютіна А. В. Притримання як один зі способів забезпечення виконання зобов'язання. *Український правовий вимір: пошук відповідей на глобальні міжнародні виклики* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 17 трав. 2019 р.) Дніпро, 2019. С. 53-55.

20. Бичкова С. С. Строк і термін: співвідношення законодавчих понять (на підставі аналізу цивільного законодавства). *Збірник наукових праць*. 2014. С. 61-63.
21. Борисова В. І., Баранова Л. М. Цивільне право : Право, 2011. Т. 2 : Зобов'язальне право. Загальні положення. 816 с.
22. Буяджи. Г. В. Фидуціарний заклад як вид забезпечення зобов'язань: поняття, особливості, доцільність. *Підприємство, господарство і право*. Київ, 2018. № 4. С. 21-27.
23. Грін О. О., Данило С. І. Словник цивільного права. 2-ге вид., Ужгород, 2009. 436 с.
24. Громова А. О. Недійсність кредитних зобов'язань за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Хмельницький, 2021. 250 с.
25. Гудима - Підвербецька М. М. Співвідношення субсидіарних і акcesорних зобов'язань в цивільному праві України: *Журнал східноєвропейського права*. Івано – Франківськ, 2019. № 60. С. 49-56.
26. Давидова І. В. Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2018. 39 с.
27. Дзера О. В. Гарантія. *Цивільне право України. Особлива частина* : підручник, Київ: Юрінком Інтер. 2017. 1178 с.
28. Дзера О. В. Загальні засади забезпечення виконання зобов'язань. *Цивільне право України. Особлива частина* : підручник, Київ: Юрінком Інтер. 2017. 1178 с.
29. Жила О. В. Місце регресних зобов'язань у системі зобов'язального права: *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2015. № 14. Т. 2, С. 9-11.
30. Зубкова Л. А. Цивільно-правове регулювання страхування відповідальності власників наземних транспортних засобів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 197 с.

31. Карсава О. П. Поручка як спосіб забезпечення виконання кредитних зобов'язань: теоретичні та практичні аспекти. *Економічна теорія та право*. 2015. № 3 (22). С. 202-217
32. Килимник І. І., Бровдій А. М., Кутоманов Д. Є. Загальні положення про зобов'язання : навч. посіб. Харків : ХНУМГ, 2014. 225 с.
33. Кізлова О. С. Використання дефініції «Договірні зобов'язання» у сучасному законодавстві: *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2013. № 6-1. Т. 2, С. 30-33.
34. Кізлова О. С. Питання загальних положень забезпечувальних зобов'язань. *Науково-практичний журнал «Часопис цивілістики»*. Одеса, 2014. № 16. С. 14-18.
35. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 75-94.
36. Кравчук В. М. Теоретико-методологічні проблеми наукових досліджень у сфері конституційного права на сучасному етапі. *Конституційно-правові академічні студії*. 2016. № 1. С. 73-81.
37. Кройтор В. А, Кухарев О. Є., Ткалич М. О. Гарантія. *Цивільне право України Частина 2*. Запоріжжя, 2016. 384 с.
38. Кубара У. М. Правова природа заставних відносин. *Форум права*. Львів, 2012. № 3. С. 343-350.
39. Куріньовська Л. А. Особливості визначення суб'єктного складу в зворотних правовідносинах. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Ужгород, 2013. № 22. С. 170-174.
40. Кучук А. М., Завгородня Ю. С. Юридична компаративістика: навч. посіб. Дніпро : ДДУВС, 2018. 112 с.
41. Лавріненко І. А. Право гаранта на регрес та його забезпечення. *Часопис Київського університету права*. Київ, 2015. № 3. С. 145-154.
42. Макаренко Г. В. Речово - правові засоби забезпечення за цивільним законодавством України. *Збірник наукових праць. Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2007. № 33. С. 226-231.

43. Матвійчук В. К., Тімуш І. С. Порука і гарантія як способи забезпечення виконання зобов'язань : навч. посіб. Київ : НАУ, 2013. 347 с.
44. Миколенко О. М. Функції адміністративно - деліктного права (теоретико - правовий аспект) : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 35 с.
45. Мухін В. В. Роль індивідуальних правових актів у регулюванні суспільних відносин. *Прикарпатський юридичний вісник*. Івано-Франківськ, 2017. № 5(20). С. 19-21.
46. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. II. 1048 с.
47. Пандурська А. О. Умови та види цивільно-правової відповідальності при порушенні кредитного договору. *Вісник Ужгородського національного університету*. Ужгород, 2013. № 22. С. 194-197.
48. Панченко О. І. Цивільно-правова відповідальність поліцейських в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. 228 с.
49. Перунова О. М., Селезень С. В. Цивільне право : конспект лекцій. Харків : ХНАДУ, 2009. 256 с.
50. Петренко П. Д. Банківські гарантії у міжнародному праві : автореф. дисю. ... канд. юрид. наук : Київ, 2013. 20 с.
51. Підопригора О. А., Харитонов Є. О. Захист цивільних прав. Спеціальні засоби преторського захисту. *Римське право* : підручник, Київ: Юрінком Інтер. 2009. С. 299-302.
52. Проблеми захисту прав та свобод людини і громадянина : матеріали VI всеукр. наук.-практ. конф. (м. Чернігів, 16-17 трав. 2019 р.). Чернігів, 2019. С. 145-148.
53. Пучковська І. Й. Договір про видачу гарантії. *Актуальні проблеми приватного права: договір як правова форма регулювання приватних відносин* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 17 лют. 2017 р.). Харків, 2017. С. 166-168.

54. Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2018. 468 с.
55. Рабей Н. Р. Традиційні та інноваційні підходи до наукових досліджень: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луцьк, 10 квіт. 2020 р.). Луцьк, 2020. С. 94-96.
56. Самбір О. Є. Суброгація прав кредитора майновому поручителю. *Бюлетень Міністерства Юстиції України*. 2014. № 5. С. 87-94.
57. Сердюк О. О. Цивільно-правові засоби захисту прав учасників кредитних відносин в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2021. 223 с.
58. Сімутіна Я. В. Щодо механізму правового регулювання трудових відносин у сучасних умовах. *Український науково-теоретичний часопис*. Київ, 2015. № 3. С. 188-192.
59. Сліпченко С. О. Деякі питання договірної регулювання цивільних відносин, *Актуальні проблеми приватного права: договір як правова форма регулювання приватних відносин* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 17 лют. 2017 р.). Харків, 2017. С. 53-55.
60. Слома В. М. Елементи цивільно-правового зобов'язання. *Актуальні проблеми правознавства*. Тернопіль, 2017. № 2 (10). С. 79-82.
61. Слома В. М. Зобов'язання з множинністю суб'єктів у цивільному праві України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2020. 490 с.
62. Слома В. М. Право на регрес внаслідок виконання солідарного зобов'язання: *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2018. № 33. С. 93-95.
63. Старійчук В. В. Іпотека в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 216 с.
64. Терещук Г. А. Цивільне право: конспект лекцій. Луцьк: ЛНТУ, 2017. 267 с.
65. Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві : монографія. Харків : ХНПУ, 2020. 143 с.

66. Харитонов Є. О., Старцев О. В. Гарантія. *Цивільне право України* : підручник 2-ге вид., Істина. Київ, 2007. С. 334-337.

67. Чанишева А. Р. Поняття зобов'язальних відносин і загальна характеристика структури їх змісту. *Часопис цивілістики*. Одеса, 2016. № 20. С. 43-48.

68. Шимон Л. С. Особисті види забезпечення виконання зобов'язання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2021. 233 с.

69. Шимон Л. С. Поручка та гарантія як особисті види забезпечення виконання зобов'язання. *Підприємство, господарство і право*. Київ, 2013. № 8. С. 17-20.

70. Яворська О. С. Право довірчої власності: пан або пропав. *Цивільне право України: нові виклики і перспективи розвитку* : матеріали XVIII міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 28 лют. 2020 р.). Харків, 2020. С. 283-286.

71. Яновицька Г. Б., Кучер В. О. Забезпечення виконання зобов'язань. *Цивільне право України: підручник*, Новий Світ-2000. Львів, 2014. Т. 2. С. 25-40.

72. Ятченко Є.О. Гарантія як спосіб забезпечення виконання зобов'язання у виконавчому провадженні. *Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Чернігів, 2020. № 87. С. 76-86.