

**О. В. ЛЯШЕНКО**

Міжрегіональна Академія управління персоналом, м. Київ

**АКЦЕСОРНІСТЬ ПОРУКИ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ**

Наукові праці МАУП, 2016, вип. 50(3), с. 104–109

*У контексті аналізу акцесорності, солідарної та субсидіарної відповідальності за договором поруки, на базі римського права та наукових досліджень поруки, досліджуються відносини, які виникають за договором поруки. Висловлено загальний погляд на проблематику і зроблено висновок про співвідношення договору поруки в римському праві та чинної моделі договору поруки за українським законодавством.*

Римські закони поєднують у собі переваги, що складають досконалість законодавства: узгодження зі здоровими поняттями розуму про право і з правилами чистої моральності, навчаючись їм можна зробитися і правосудними, і добрими [14, 16].

Завдяки старанням Наполеона Бонапарта, через “Кодекс Наполеона” 1804 р., відбулося проникнення загального римського права в сучасні кодифікації, які всі без винятку походять від цього Кодексу: Австрійський (1811 р.), Іспанський (1889 р.), Японський (1898 р.), Німецький (1900 р.), Швейцарський кодекси (1911 р.). Італійський цивільний кодекс 1865 р. став значною мірою повторенням “Кодексу Наполеона” і тому цілком надихався традиціями романістики. Італійський цивільний кодекс 1942 р. у багатьох моментах з переконливістю виявляє підкреслену спадкоємність від класичного римського права [12, 41].

Дослідимо акцесорну відповідальність за договором поруки в римському праві та його вплив на сучасну конструкцію договору поруки в цивільному праві України.

Детально проаналізуємо наукові праці вчених, які стосуються найбільш значущих із точки зору юриспруденції періодів розвитку юридичної думки. Однією з найважливіших у юридичному розумінні епох, без сумніву, є римське право, оскільки значна частина пра-

вових інститутів бере свій початок із юридичних конструкцій Стародавнього Риму [11, 28].

Визначення зобов'язання бере свій початок в Інституціях Юстиніана і після століть залишається непорушним [15, 349]: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur aticuius solvendae rei secundum nostrae civitas iura* (I.3.13.pr.) (Зобов'язання — це правові кайдани, через які ми пов'язані необхідністю що-небудь виконати у згоді з правом нашої держави) [7, 264; 5, 428].

Як суб'єкти будь-якого зобов'язання, звичайно, виступали дві особи, які були чітко визначені: один — кредитор (*creditor*), інший — боржник (*debitor*). Крім того, існували зобов'язання з невизначеним, але визначаємим суб'єктом: це були “блукаючі” зобов'язання і так звані *obligationes propter rem*, були і зобов'язання з безліччю діючих або пасивних суб'єктів (учасників). Визначимо їх як так звані “часткові”, “кумулятивні” і “солідарні” зобов'язання. “Блукаючі” зобов'язання (із спочатку невизначеним суб'єктом) становлять особливу модель римського права; як приклад, можна вдатися до дивної теорії легата з зобов'язальним ефектом (наприклад, *per damnationem*) на користь найближчого родича, який був зобов'язаний першим йти за труною небіжчика (*de cuius: qui ex cognatis meis primus ad funus meum venerit*) [15, 353].

За римським правом, для встановлення дійсного зобов'язання, взагалі недостатньо було простої угоди осіб, повинна була бути тільки встановлена форма договору, завдяки якій виникало зобов'язання і мало повну юридичну силу. Такою формою в римському праві, з давніх часів, була стипуляція [1, 10–11].

Найчастіше стипуляція застосовувалась для оформлення поруки — найпоширенішої форми забезпечення зобов'язань [9, 384].

Порука стала загальним способом забезпечення і зміцнення взагалі усіх зобов'язань і договорів [8, 314–315].

Правові наслідки порушення зобов'язань, забезпечених порукою, поділяються на солідарні та субсидіарні (додаткові) (ст. 554 Цивільного кодексу України [16]).

Порука не має сенсу без головного боргу, який зумовлює її виникнення. Поручитель приймає на себе повинність головного боржника, отже, коли немає такого боргу, то і немає боргу поручителя, він бажає відповідати лише за те, що повинен головний боржник [8, 86].

Звичайно, поручитель приймає на себе вже існуюче головне (основне) зобов'язання, а останнє — за часом, а отже, передує поруці. Порука у формі *mandatum*'а *qualificatum*, навпаки, не тільки може, а й за своєю природою передує існуванню головного боргу, але все-таки і вона є інтерцесією і як така передбачає існування головного боргу. Однак щодо інших видів поруки римське право позитивно визнає можливість поруки за головний борг, перш ніж він справді буде існувати. Коли немає головного боргу, то і немає поруки. Така порука є порукою, укладеною під суспенсивною, відкладальною умовою [8, 96–98].

Акцептиляція належить до способів припинення зобов'язань, тому акцептиляція між кредитором і головним боржником звільняє й поручителя, але, з іншого боку, акцептиляція кредитора з поручителем однаковою мірою знищує й головне зобов'язання [8, 99].

Застосовуючи це положення до поруки під (відкладальною) умовою існування головного боргу, яке передбачається у будь-якій поруці, можна дійти висновку, що порука не

може виникнути, якщо головне зобов'язання ніколи не здійсниться (не виникне, не настане). Якщо ж воно виникає, порука вважається дійсною не з останнього моменту, а з моменту свого укладення, інакше кажучи, виникнення поруки не вимагає одночасного існування основного боргу, а лише існування його коли-небудь [8, 99–100].

О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов визначають договір поруки як допоміжний договір, який існував паралельно з основним доти, доки існував основний. Якщо основне зобов'язання припинялося, припинялася і порука, яка мала забезпечити виконання основного зобов'язання [9, 384].

Поруці передували дві угоди: основний контракт і угода боржника з поручителем щодо прийняття на себе додаткової відповідальності [Там само].

К. Бернштейн цитує Гая (III 123): *Fidejussoris obligatio accessio est principalis obligationis* (Зобов'язання поручителя повинно вважатися додатковим до головного зобов'язку) [1, 289].

У всякому разі порука є тільки побічним, додатковим зобов'язанням, і цим пояснюються відомі, досить значні її особливості [Там само].

Без головного зобов'язку не може бути поруки. Звідси римляни виводили, що зобов'язок поручителя має розповсюджуватися на той самий предмет, як і головний зобов'язок. Порука, що поширює свою дію на інший предмет, була б, на думку римлян, порукою за іншим зобов'язанням. Тому існуюче основне зобов'язання було б без поруки, порука була б без основного зобов'язання, внаслідок чого вона не мала б юридичної сили [Там само].

Вид поруки, що отримав у римському праві назву *adpromissions*, став додатковою стипуляцією на стороні боржника.

В юстиніанівський період було введено та встановлено субсидіарну, тобто додаткову відповідальність поручителя перед кредитором, сутність якої полягала у попередньому зверненні з вимогою до боржника, і лише після невиконання останнім взятого зобов'язання кредитор мав звертати-

ся до поручителя з тією самою вимогою [2, 135–136].

Таким чином, на відміну від класичного періоду, коли кредитор був наділений правом вибору: до кого йому звернутися спочатку — чи до боржника, чи до поручителя, Юстиніаном було введено стадійність — спочатку звернення до основного боржника, а в разі неможливості виконання, встановлення факту неплатоспроможності основного боржника лише тоді мав право звернутися до поручителя, в іншому випадку поручитель не ніс ніякої відповідальності. Саме з цього часу і було розмежовано акцесорну відповідальність поручителя від субсидіарної відповідальності [9, 384–385].

Хоча поручитель слідує за боржником, але початкове право поруки у римлян допускало з боку поручителя заперечення тому, що кредитор повинен вимагати задоволення від самого боржника. Ця строгість була пом'якшена при Юстиніані введенням для поручителя пільги, цілком згідною з сутністю поручительства. Через ці пільги (*beneficium ordinis s. excussionis*, *benef. de discussion*) кредитор, перш ніж звернутися до поручителя, повинен був звернутися безпосередньо спочатку до боржника [10, 1417].

За Римським правом кредитор мав необмежене право вибору між зверненням стягнення на головного боржника, або ж прямо на поручителя. Тільки Імператор Юстиніан в 4-й Новелі змінив цей загальний за Пандектовим правом порядок речей, надав поручителю так званий *beneficium excussionis* або *ordinis*, тобто право вимоги, щоб стягнення було звернене передусім на головного боржника, і лише у випадку неможливості отримання повного або часткового задоволення від останнього — на нього, поручителя. Отже, ця 4-та Новела вперше ввела в римський інститут поруки субсидіарність. Раніше вже існувала в Римському праві особлива форма поруки з такою субсидіарною відповідальністю, визначеною не законом, а добровільною угодою сторін, — так звана *fidejussio indemnitas*. Внаслідок цього поручитель зобов'язався відповідати лише за те, що кредитор не отримає від самого боржника, отже, лише субсидіарно,

оскільки кредитор міг звернути стягнення на поручителя тільки при неотриманні задоволення (повного чи часткового) від головного боржника [8, 104–106; 6, 201; 7, 395; 4, 204].

Юстиніанівська реформа стосовно погашення зобов'язання за наявності кількох сукупних боржників (пасивної сукупності) ввела істотні зміни: *In duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere ipsi creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat* (C.8.40.28) (538 р. н. е.) — За наявності двох сукупних [солідарних] боржників ми постановляємо, щоб вибір одного боржника [для пред'явлення до нього позову] не перекривав прав кредитора стосовно іншого боржника, але щоб право кредитора на позов залишався за кредитором надалі до повного задоволення [7, 280–281].

Таким чином, щодо пасивної солідарності, то зобов'язання за реформою Юстиніана припинялося не через поглинаючий (консумуючий) вплив пред'явлення позову, а через фактичне задоволення (*solutio*) [7, 281].

Загальними засадами цивільного законодавства, як закріплено у пп. 6 п. 1 ст. 3 Цивільного кодексу України, є справедливість, добросовісність та розумність [16]. Очевидно, саме ці засади повинні стати основою будь-яких правовідносин, а особливо при визначенні, формулюванні умов правочинів між фізичними, юридичними особами, зокрема в цивільному обороті.

Цивільним правом встановлена презумпція добросовісності та розумності. Так, згідно з п. 5 ст. 12 Цивільного кодексу України, якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом [Там само].

Щодо правочинів, бо саме з них виникає зобов'язання її учасника, то у п. 3 ст. 509 Цивільного кодексу України визначено, що будь-яке зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості [Там само].

З урахуванням положень п. 2 ст. 1 Цивільного кодексу України відносини також повинні бути засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [16].

Проведений аналіз генезису договору поруки дає всі підстави приєднатися до вчених, що досліджували це питання. З проаналізованих наукових праць порука — це договірні обов'язки, сторонами за яким виступали кредитор та додатково залучений поручитель, який мав відповідати разом з основним боржником. Договір поруки — це додатковий (акцесорний) договір, якому передуює виникнення основного боргу, який саме і забезпечується порукою третьої особи. Римському праву були відомі як солідарна, так і субсидарна (додаткова) відповідальність поручителя.

Стосовно сучасного стану законодавства, то слід констатувати, що відбулася рецепція положень інституту поруки римського права у законодавство України, яке знайшло своє відображення, зокрема, у Цивільному кодексі України, по-перше, стосовно солідарності зобов'язань, солідарних вимог кредитора і солідарних обов'язків боржників відповідно до ст. 541–543 [Там само]. Цивільний кодекс України (ст. 544) також передбачає і регресні вимоги, якими наділений співборжник, що виконав солідарне зобов'язання, та письмове підтвердження виконання зобов'язання. По-друге, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидарну) відповідальність поручителя (ст. 554 Цивільного кодексу України), хоча в римському праві за умовчанням була встановлена субсидарна відповідальність [Там само].

Однак сучасне правозастосування деяких положень цивільного законодавства, зокрема інституту поруки, нагадує слова П. І. Стучки — радянська революція відкинула усі закони загалом і воліла прогалини заповнити революційною правосвідомістю [13, 211]. Так і нині правозастосування в судах здійснюється практично без урахування інтересів (стану справ тощо) позичальників, поручителів,

що є порушенням положень п. 6 ст. 3 та п. 3 ст. 509 Цивільного кодексу України [16].

Чинне законодавство України з урахуванням положень ст. 3, 6 Цивільного кодексу України передбачає, що як і застава, так і порука можуть забезпечувати дійсне зобов'язання, а з урахуванням положень ст. 3, 6 Цивільного кодексу України можливе укладення договору поруки за відкладальною умовою, тобто коли основне зобов'язання ще не виникло і на час укладення договору неможливо встановити і визначити основне зобов'язання [Там само]. Наприклад, коли видачі кредитних коштів передуює підписання договорів кредитного та інших забезпечувальних договорів.

Римському праву було відомо про суспенсивну, відкладальну умову, яка в сучасному законодавстві України втілилася у ч. 1 ст. 212 Цивільного кодексу України. Так, у сучасному законодавстві дефініція відкладальної умови визначена як відкладальна обставина — коли особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо настане вона чи ні. За своїм правозастосовним змістом “відкладальна умова” і “відкладальна обставина” тотожні.

На сьогодні майже будь-який кредитний договір, а особливо за участю фізичних осіб, не обходиться без договору поруки. Порука широко застосовується саме у відносинах з фінансовими установами під час кредитування фізичних та юридичних осіб.

З настанням фінансової, економічної кризи, зловживання кредиторами своїми правами необхідні зміни у підходах до інституту поруки, який має дієві засоби захисту, передусім інтересів кредитора.

Доречно згадати А. М. Нолькена, який вказував, що порука як юридична угода найвищою мірою обтяжлива для поручителя, повинна викликати захист законодавця про те, щоб нею не був спричинений значний збиток майновим інтересам принаймні тим особам, які, за законодавством, з різних причин потребують особливого заступництва і захисту [8, 263].

Інститут поруки, а особливо права солідарного поручителя, вимагає ретельного аналізу з точки зору убезпечення від зловживань при його застосуванні, навіть більше — безумовного перегляду чинного законодавства для захисту поручителя в договірному зобов'язанні.

Положення ст. 553, 554 Цивільного кодексу України щодо поруки потребують уточнення, і в цьому аспекті слушним було звернутися до витоків інституту поруки — римського права та викласти їх у новій (уточненій) редакції.

Внаслідок проведеного аналізу, з метою захисту прав поручителів від зловживання кредиторами своїми правами, пропонується внести до Цивільного кодексу України такі зміни:

1) встановити за умовчуванням не солідарну, а субсидіарну відповідальність за зобов'язанням (зобов'язаннями) основного боржника;

2) з метою встановлення єдиного підходу та виключення різних правових позицій судами їх зміни з часом — закріпити, що право на звернення до субсидіарного поручителя має підтверджуватися безспірними вимогами до основного боржника на підставі рішення суду, яке набрало чинності.



## Література

1. Бернштейн К. Учение о разделительных обязательствах по Римскому праву и новейшим законодательствам / К. Бернштейн. — Санктпетербург: Типография товарищества "Общественная польза", 1871. — 328 с.

2. Борисова В. І. Основи римського приватного права: підручник / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, М. В. Домашенко та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. — Х.: Право, 2008. — 224 с.

3. Гайворонський В. М. Господарське право України: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закладів освіти / В. М. Гайворонський, В. П. Жушман, Н. В. Пого-

рецька та ін.; за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. — Х.: Право, 2005. — 384 с.

4. Дербург Г. Пандекты Г. Дербурга / Г. Дербург. Выпуск третьей русского перевода. Обязательственное право. Третье русское издание. — Москва, 1911. — Т. 2. — 396 с.

5. Дождев Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / под ред. члена-корр. РАН, проф. В. С. Нерсисянца. — М.: ИНФРА М-НОРМА, 1996. — 704 с.

6. Новицкий И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. — [7-е изд. стереотип.]. — М., 2002. — 310 с.

7. Новицкий И. Б. Римское частное право [Текст]: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М.: ИКД "Зерцало-М", 2012. — 560 с.

8. Нолькен А. Учение о поручительстве по римскому праву и новейшим законодательствам / Сочинение Бар. А. Нолькена. — Санктпетербург: Типография императорской академии наук, 1884. — Т. 1. — 371 с.

9. Підпригора О. А. Римське право: підручник / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. — [2-ге вид.]. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 528 с.

10. Победоносцев К. П. Курс гражданского права: в 3 т. / К. П. Победоносцев. — СПб.: Синодальная типография, 1896. — 1727 с.

11. Рогач О. Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження / О. Я. Рогач. — Ужгород: Ліра, 2011. — 368 с.

12. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / Ч. Санфилиппо; [пер. с итал. И. И. Маханькова]; под общ. ред. Д. В. Дождева. — М.: Норма, 2007. — 464 с.

13. Стучка П. И. Курс советского гражданского права / П. И. Стучка. — [2-е изд.]. — Москва: Изд-во Коммунистической академии, 1928. — 230 с. — Т. 1. Введение в теорию гражданского права.

14. Цветаев Л. Римское Право. Вступительная Лекция Заслуженного профессора Л. Цветаева // Ученые записки Императорского Московского Университета. — 1833. — Октябрь. — № IV. I. Науки. А. 1833. — 16 с.

15. Франчози Дж. Институционный курс римского права / Дж. Франчози; пер. с итал.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М.: Статут, 2004. — 428 с.

16. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] // ВРУ. Офіційний веб-портал. Цивільний кодекс України. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1443620003787888>

*Положення ст. 553, 554 Цивільного кодексу України щодо поруки потребують уточнення. З метою захисту прав поручителів від зловживання кредиторами своїми правами пропонується внести зміни і встановити за умовчуванням субсидіарну відповідальність поручителя. Також*

доцільно передбачити, що зверненню до суду з позовом про дострокове стягнення суми за кредитом передує розірвання договору, встановлення неплатоспроможності позичальника — основного боржника у зв'язку з неможливістю виконання рішення суду щодо стягнення з основного боржника суми його боргу.

*The provisions of Articles 553, 554 of the Civil Code of Ukraine on bail require clarification. In order to protect guarantors of their rights abuses lenders introducing amendments and establishing the default vicarious liability guarantor is offered. There is reasonable to predict that appeal to the court for early recovery of the loan precedes cancellation of the contract, the establishment of insolvency of the borrower — the principal debtor in connection with impossibility of execution of court decisions regarding the recovery of the principal debtor amount of its debt.*

*Положения ст. 553, 554 Гражданского кодекса Украины относительно поручительства требуют уточнения. С целью защиты прав поручителей от злоупотребления кредиторами своими правами предлагается внести изменения и установить по умолчанию субсидиарную ответственность поручителя. Также целесообразно предусмотреть, что обращению в суд с иском о досрочном взыскании суммы по кредиту предшествует расторжение договора, установление неплатежеспособности заемщика — основного должника в связи с невозможностью исполнения решения суда о взыскании с основного должника суммы его долга.*

Надійшла 27 травня 2016 р.