

УДК 347.2:347.4

DOI: <https://doi.org/10.69724/2786-8834-2024-1-1-169-183>

ЩОДО СТРУКТУРИ ВИМОГИ¹ ПРО ВИПРАВЛЕННЯ²

Віакер Франц. Щодо структури вимоги про виправлення
Franz Wieacker. On the structure of a request for rectification

Чому нас зацікавила стаття про виправлення реєстру
(передмова перекладачів)

Нарис майже сторічної давнини «Щодо структури вимоги про виправлення» (Zur Struktur des Berichtigungsanspruchs) одного з відомих німецьких професорів приватного права, автора славетної «Сучасної історії приватного права: з особливим урахуванням розвитку Німеччини»³ професора Франца Віакера (Franz Wieacker 1908–1994), виданий 1936 року, привернув нашу увагу з двох основних причин.

¹ Категорія «*Anspruch*» є однією з ключових у німецькому цивільному праві. Її визначення наводиться у п. 1 § 194 Німецького цивільного кодексу (BGB): *право вимагати від іншої особи вчинення дій чи утримання від дій*. Зазначене визначення для полегшення його опанування розкривається з дидактичною метою за допомогою так званої формули «Чотири W» – хто, від кого, що і на якій підставі вимагає.

У вітчизняній цивілістиці відсутнє поняття, яке б абсолютно точно відповідало німецькій категорії «*Anspruch*». Відсутній і термін для адекватного перекладу українською мовою найбільш близьких до неї понять «*притязание*» (рос.) або «*claim*» (англ.). Тому стосовно конкретної правової конструкції слово «*Anspruch*» перекладено за допомогою терміна «*вимога*», адже кращого варіанту для української мови нам підібрати не вдалося.

Звичайно, це може спричинити певну плутанину, адже «*вимога*» є терміном надто багатозначним, до того ж здебільшого тяжіє до позначення зобов'язальних прав, тоді як *Anspruch* може базуватись як на зобов'язальному, так і на речовому правовідношенні. Однак спроби передати відтінки значення слів «*Anspruch*», «*claim*», «*притязание*» іншими словами української мови, як правило, приводять до незадовільних результатів. Як приклад, можемо навести використання деякими вітчизняними правниками з цією метою термінів «*домагання*» чи «*претензія*» (див., наприклад: Венедіктова І. В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2014. С. 41), що мають очевидно зовсім інше смислове навантаження. – Прим. переклад.

² Висловлюємо щирі подяку за реферування та виправлення тексту пані Яні Каррас, магістрів права (НУ «ЮАУ імені Ярослава Мудрого»), Diplom-Jur., Greifswald, Rechtsreferendarin am Landgericht Halle, wissenschaftliche Mitarbeiterin des Instituts für Klimaschutz, Energie und Mobilität (IKEM e.V.), Berlin, Doktorandin an der Universität Greifswald. – Прим. переклад.

³ Оригінальна назва роботи 1952 року, що витримала вже три видання – *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Auflage 3. Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 2016, 660 p., назва англійського перекладу другого видання трохи відрізняється – *A History of Private Law in Europe*. By Wieacker Franz. Translated by Weir Tony. Oxford: Clarendon Press. 1995. 509 p.

Першою є згадка про роботу проф. Віакера, як про джерело ідеї «книжкового володіння», яка нібито обґрунтовує, що володіння нерухомістю – це запис в реєстрі. При цьому проф. Віакера названо пропонентом складності доказування володіння нерухомістю в сучасних реаліях реєстрації прав на нерухомість, яка змушує переглянути концепцію володіння, дорівнявши останнє запису в реєстрі про право. Зауважується також, що нове розуміння володіння нерухомістю в німецькій літературі позначено терміном «книжкове володіння». У світлі проникнення і стрімкого поширення в українській судовій практиці доктрини «книжкового володіння» з'ясування справжніх витоків її походження викликає неабияку цікавість. Дороговицький пошуку інформації у німецькомовній юридичній літературі надав в одному із своїх рішень сам Верховний Суд⁴. Не поділяючи захоплення цією доктриною в тому вигляді, який існує сьогодні в українській правовій реальності, ба більше, вдаючись до її активної критики на основі аналізу німецькомовних джерел⁵, один із перекладачів-ентузіастів не міг вгамувати своєї підозри, що позиція професора Віакера була інтерпретована помилково. Тепер кожен із читачів може сам пересвідчитися, чи є в перекладеній статті твердження, яке б дозволяло цілком ототожити запис в реєстрі із володінням нерухомим майном, чи все ж таки автор мав на увазі більш глибокий феномен права нерухомості, завдяки якому запис у реєстрі має, серед іншого, легітимізаційну функцію фіксації та позначення володіння, не дорівнюючи йому.

Другою причиною є стан правової невизначеності, непевності і нескінченних змін законодавчого регулювання, а також судової практики⁶ щодо всього того, що обіймається сукупним поняттям «виправлення реєстру» (скасування рішення про державну реєстрацію прав на підставі судового рішення, визнання на підставі судового рішення недійсними чи скасування на підставі судового рішення документів, на підставі яких проведено державну реєстрацію прав, скасування на підставі судового рішення державної реєстрації прав тощо). Мінливість підходів до способів убезпечення наріжної засади реєстраційної системи, якою в силу пп.1 п.1 ст. 3 Закону про Реєстрацію⁷ є гарантування державою об'єктивності, достовірності та повноти відомостей про зареєстровані права на нерухоме майно, спонукала нас до з'ясування конструкції виправлення Поземельної книги

⁴ П. 70 Постанови ВП ВС від 26.01.2021 у справі № 522/1528/15-ц, суддя-доповідач Його Честь Віктор Пророк. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95509407>: «70. Отже, наявність у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно відомостей про право іпотеки чи іншого речового права створює презумпцію належності права особі, яка ним володіє внаслідок державної реєстрації (Buchbesitz (нім.) – книжкове володіння)...»

⁵ Див. Право власності: способи захисту крізь призму судової практики: монографія / за ред. І. В. Спасько-Фатєєвої. – Харків : ЕКУС, 2023 § 2 Гл.2 с. 141–181

⁶ Див. наприклад постанову Великої Палати Верховного Суду від 21.12.22 у справі № 914/2350/18 (914/608/20). Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108480607>.

⁷ Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>

в Німеччині – одній із провідних світових юрисдикцій. Сподіваємось, ця розвідка прислужиться для стабілізації підходів до виправлення реєстру в Україні, що є неодмінною запорукою сталого обороту нерухомості та цивільного обороту назагал.

Резюмуючи цю коротку передмову, маємо зауважити, що недовіра до інтерпретацій, які можуть бути як правильними, так і помилковими, але завжди є лише відображенням, а не оригіналом, вчергове спонукає нас не тільки до критичного осмислення позицій, висловлених в академічних дебатах, але і до нагальної необхідності використання першоджерел. Вітчизняна академічна і практична юриспруденція не може, і ніколи не повинна була задовольнятися часто-густо спотвореними «переспівами» чужих ідей та концепцій. Лише опанування першоджерел загального, та, насамперед, європейського континентального права, здатне повернути українську правничу спільноту до місця, в якому їй належить бути – місця у сім'ї розвинутих цивілізованих і демократичних країн. Маємо надію, що наша перекладацька робота хоч невеличкою мірою прислужиться для цієї мети.

Наостанок, хочемо подякувати за значний внесок у перекладацький доробок нашої колегині пані Яні Каррас, магістру права (НУ «ЮАУ імені Ярослава Мудрого»), Diplom-Jur., Greifswald, Rechtsreferendarin am Landgericht Halle, wissenschaftliche Mitarbeiterin des Instituts für Klimaschutz, Energie und Mobilität (IKEM e.V.), Berlin, Doktorandin an der Universität Greifswald.

*Юрій Мица,
адвокат, к.ю.н., проректор ПВНЗ «Харківський інститут кадрів
управління», член Науково-консультативної ради при Верховному Суді,
Харків, Україна
Владислав Кисіль,
адвокат, партнер ЮК KPD Consulting.
Київ, Україна
Mytsa Yurii
PhD in law, Vice-rector for economic and legal affairs,
Kharkiv Institute of Personnel Management
member of the Scientific Advisory Board at the Supreme Court
Kharkiv, Ukraine
Vladyslav Kysil
attorney at law, partner at KPD Consultin
Kyiv, Ukraine*

I.

Недостатнє розуміння законодавцем у сфері цивільного права функцій книжкового володіння в німецькому праві нерухомості призвело до такого уявлення щодо

вимоги про виправлення (BerA), яке спричинює лише технічне ускладнення по суті простих фундаментальних правових питань. Якщо ми спробуємо отримати якомога чіткіше уявлення про те, яким чином ці питання вбудовані у базову структуру німецької системи Поземельної книги, то практика, яка нарешті, здається, знайшла свій шлях, можливо, й не буде настільки сильно цього потребувати. Утім, теоретик не повинен ухилятися від методичних спроб переконливо вивести із загальних взаємоузгоджених уявлень про структуру в цілому найточніші судження про її деталі без абстрактних обмежень.

II.

1. Відома дискусія про «правову природу» вимоги про виправлення тільки в тому разі буде плідною, якщо призведе до одноманітного вирішення практично спірних питань, серед яких ми виокремлюємо як найважливіші заперечення боржника за цією вимогою, які ґрунтуються на його власному чи чужому праві на «книжкове володіння», а також придатність вимоги про виправлення (BerA) до відступлення чи публічного обтяження на свою користь чи на користь іншої особи шляхом внесення відповідного запису до Поземельної книги. Чи може бути винайдена єдина функція вимоги про виправлення (BerA), яка б звільнила наші судження від свавілля упереджених конструкцій, що формуються *ad hoc*, та мінливих індивідуальних цілей?

Досить очевидним зреченням цього методичного завдання є підходи, відповідно до яких вимогу про виправлення (BerA) розглядають (по суті – тавтологічно) як «самостійний інститут формального права поземельної реєстрації»⁸ або як «публічно-правову вимогу про захист».⁹ Такі пояснення ґрунтуються саме на тому закономірному спостереженні, що виправлення щодо легітимації у праві нерухомості відповідно до основоположних принципів ведення Поземельної книги було також поширено і на процедуру внесення записів до Поземельної книги. При цьому все ж таки залишається поза увагою, що технічні норми формального права поземельної реєстрації самі по собі ще не визначають взаємозв'язку інститутів публічності Поземельної книги, у яких вимога про виправлення (BerA) виконує необхідну функцію.

Слід погодитися з панівним доктринальним підходом, за яким вимога про виправлення (BerA) розглядається не тільки як однорідний, але і як суто спеціальний різновид вимоги про захист свободи права власності відповідно до § 1004 BGB.¹⁰ Зв'язок з нормами матеріального права нерухомості досягається за допомогою такого формулювання, що за змістом відповідних норм та виходячи з природи речі

⁸ Так у *Штінцинга* («Право», 1905, стор. 72; «правопідтверджуюча вимога») та *Ендемана* (II, стор. 36).

⁹ Інакше та проти цього *Гедеман*, Архів цивільного права, 25, 383.

¹⁰ RGZ (Збірник рішень Верховного суду Німеччини у цивільних справах) 57, 322 та пізніше *Штаудінгер*, 9 видання, § 894, 1; *Гек*, Речове право, § 42, 6.

вимога про виправлення (BergA) могла б бути виведена з § 1004¹¹ ¹² навіть у тому випадку, якщо б вона не була спеціально регламентована¹³ у § 894.¹⁴

Однак власне функціональна структура виправлення неправомірного книжкового володіння все ж таки не може у такий спосіб вважатися належно розкритою. Тому і прив'язка до § 1004 також не дає жодної ясної відповіді на конкретні практичні питання. Вимога про виправлення (BergA) не захищає управлену особу проти порушень, які полягають у позбавленні її можливості користуватися та володіти, що досягається за допомогою вимог про захист свободи здійснення права власності, проте вона захищає проти повного позбавлення «книжкового володіння», адже неправильний запис у Поземельній книзі позбавляє такого володіння управлену особу й наділяє ним особу неуправлену. Оскільки вимога про виправлення (BergA) належить особі, яка має право на книжкове володіння, проти особи, яка такого права не має, але володіє, то ця вимога є вимогою про витребування з володіння; щоправда, у цьому випадку вимога про витребування з володіння обмежується лише функцією його фіксації та позначення, яке у праві нерухомості запроваджується через внесення записів в Поземельну книгу. Цьому обмеженню відповідає змінена мета вимоги: не здійснення фактичної передачі, яка вимагається для отримання панування (§ 854 I),¹⁵ а отримання згоди на внесення до поземельної книги, що вимагається для отримання книжкового володіння відповідно до права поземельної реєстрації

¹¹ У всіх випадках, коли за текстом цієї статті вказується параграф без посилання на певний законодавчий акт, йдеться про параграф Німецького цивільного кодексу (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB). При цьому перекладачі свідомо змінили до певної міри традиційне найменування BGB у вітчизняній науці – «Німецьке цивільне уложення» на більш адекватне «Німецький цивільний кодекс», що дозволило виправити архаїчність та деяку русифікованість термінології.

Також з метою полегшення сприйняття читачами тексту статті у тих випадках, коли автор за текстом цієї статті перший раз посилається на той чи інший параграф німецького законодавчого акту, у примітці наводиться переклад відповідної норми в актуальній редакції (у випадку, коли йдеться про певний параграф «і наступні», наводиться переклад лише такого певного параграфу). – Прим. переклад.

¹² BGB § 1004:

§ 1004. Вимога про усунення [порушення] та про утримання [від порушення]

(1) Якщо право власності порушується іншим чином, аніж шляхом відібрання чи [іншого] незаконного позбавлення володіння, власник може вимагати від порушника усунення порушення. Якщо існує загроза подальших порушень, то власник може позиватись про утримання [від порушення].

(2) Вимога виключається, якщо власник є зобов'язаним терпіти [відповідний вплив на річ].

¹³ Гек, там само.

¹⁴ BGB § 894:

«§ 894. Виправлення [запису в] Поземельній книзі.

Якщо зміст Поземельної книги не відповідає дійсному становищу щодо права на земельну ділянку, права та таке право чи обмеження розпорядження відповідно до § 892 Абз. 1, то кожен, чиє право не зареєстроване або зареєстроване неправильно або порушене реєстраційним записом про неіснуюче обтяження чи обмеження, може вимагати згоди виправлення [запису в] Поземельній книзі від того, чиє право зачіпається таким виправленням.»

¹⁵ BGB § 854:

«§ 854. Набуття володіння.

(1) Володіння певною річчю набувається шляхом досягнення фактичного панування над нею.

(2) Для набуття володіння достатнім є укладення угоди попереднього володільця з набувачем, якщо тільки останній здатний здійснювати фактичне панування над річчю.»

(§ 894). Тому в контексті загальної системи речових способів захисту прав вимога про виправлення (BerA) за загальним правилом має визначатися як різновид позову ввіндикаційного й підпорядковуватися правилам §§ 985¹⁶ і наступних, з тими змістовними модифікаціями, що спричинюються різницею між книжковим володінням нерухомістю та володінням рухомими речами. Лише порушення книжкового володіння, які полягають у внесенні до Поземельної книги записів про неіснуючі обтяження, є перешкодами, які перетворюють заявлену з метою їх усунення вимогу про виправлення (BerA) на вимогу про захист свободи здійснення права власності¹⁷.

У всьому іншому захист від порушень у здійсненні права, який надається відповідно до § 1004, будучи скоріше однією з конкретних форм забезпечення мирного добросусідства, не подібний за правовими ознаками до вимоги про виправлення (BerA). Такий захист оптимальним чином упорядковує, деталізуючи та обмежуючи правилами іммісії, зовнішній вплив, що виходить з окремих земельних ділянок, та їх взаємодію між собою у добросусідському соціально-правовому вимірі й забезпечує захист мирного становища проти таких порушень, які концептуально загрожують не володінню власника, але у цілому його можливості експлуатувати ділянку та використовувати простір над нею. Але неправильний реєстраційний запис не загрожує порушенням зовнішнього панування над річчю як вираженню повноти функціональної цінності права на неї; внесення до реєстру запису про право особи, якого насправді немає, будучи неправильним позначенням належності права значно більшою мірою створює загрозу його втрати та відчуження речі через добросовісне її набуття третьою особою. Будучи втратою книжкового володіння, неправильний реєстраційний запис повністю позбавляє власника легітималії: якщо замість власника А. власником зазначено В, замість іпотеки третьої особи внесений запис про іпотеку власника, то в контексті принципу публічної достовірності Поземельної книги це дорівнює повній втраті володіння¹⁸; і тільки внесення запису, яке завдає шкоди (внесений запис про іпотеку власника як про іпотеку третьої особи), є подібним з правової точки зору до порушення володіння. Вимога про виправлення (BerA) іноді є вимогою про витребування з володіння, іноді ж – вимогою про усунення інших порушень, і саме це, а не особлива мета,¹⁹ функціонально відмежовує її від вимоги про захист свободи здійснення права власності (§ 1004).

2. Вимога про виправлення (BerA) є вимогою про витребування з володіння лише тією мірою, якою це стосується книжкового володіння; така її специфіка пояснюється тим, що функція позначення прав на нерухомість замість *Gewere*²⁰

¹⁶ BGB § 985:

«§ 985. Вимога про витребування з володіння.
Власник має право вимагати від володільця видачі речі».

¹⁷ Вимозі про захист свободи здійснення права власності у вітчизняному праві найбільш адекватно відповідає негативний позов – Прим. переклад.

¹⁸ Авторський текст зазначає про повну втрату володіння (*völligem Besitzverlust*), яке, вочевидь, має розумітися як втрата «книжкового володіння» (*Buchbesitz*), про яке йде мова на початку речення – Прим. переклад.

¹⁹ Тут усунення порушення, там участь в усуненні, див. *Еннекцерус-Вольф*, 9-те вид., § 42, 4.

²⁰ Обраний варіант перекладу вимагає певних пояснень. Тут і в наступних реченнях цього абзацу автор вживає слово «*Gewere*», у тому числі у складі вужчого за змістом терміну «*Liegenschaftsgewere*».

була покладена на Поземельну книгу. Зміст *Gewere*, подібно до сучасної категорії володіння рухомим майном, одночасно включав захист мирного становища та оповіщення громадськості про стан речей; ця функція позначення прав на нерухомість наразі відійшла у минуле. У той час як німецький законодавець у *BGB*, здається, не мав чіткого уявлення про створену ним систему (досить порівняти §§ 891, 892 з 1006, 1007, 932²¹ і наступними), у статті 937 Швейцарського цивільного кодексу (*ZGB*)²² Ойгена Губера зазначене було виражено найчіткіше.

Відповідне слово не має чіткого аналогу в українській мові. Зміст цього поняття досить чітко окреслений у відомому німецькому юридичному словнику Крайфельда: «*Gewere* – це старонімецьке юридичне поняття для позначення права влади [*Herrschaftsrecht*] з особистим чи речовим змістом» (*Creifelds, Rechtswörterbuch*. 23. Auflage. München: C. H. Beck Verlag, 2019. S. 647). Відповідне поняття акцентує увагу на владі носія відповідного права, що у цілому відповідало середньовічним уявленням про юридичне та властивий тій епосі практично повній відсутності поділу права на публічне й приватне. Тому видається неповні правильним перекладати цей термін як «правовий титул», адже в цьому контексті скоріше йдеться про позначення права на річ через існування фактичної та юридичної влади особи над цією річчю, яка (влада) мала багато аспектів та проявів. – Прим. переклад.

²¹ *BGB* §§ 891, 892, 932, 1006, 1007:

«§ 891. Законна презумпція.

(1) Якщо в Поземельній книзі внесений запис про право якоїсь особи, то презюмується, що таке право цій особі належить.

(2) Якщо зареєстроване в Поземельній книзі право погашене, то презюмується, що таке право не існує.

§ 892. Публічна достовірність Поземельної книги.

(1) Стосовно кожного, чиє право на земельну ділянку або право на таке право набуто на підставі правочину, зміст Поземельної книги вважається достовірним, якщо тільки до Поземельної книги не внесене заперечення проти достовірності або ж про недостовірність відомо набувачу. Якщо управнена особа обмежена у розпорядженні зареєстрованим у Поземельній книзі правом на користь певної особи тає обмеження дійсне відносно набувача тільки якщо воно є очевидним із записів в Поземельній книзі або відоме набувачу.

(2) Якщо для набуття права вимагається його реєстрація в Поземельній книзі, визначальним для визнання обов'язності набувача є момент час заяви про внесення запису до Поземельної книги або, якщо угода згідно вимог § 873 укладена пізніше, час укладення такої угоди.

§ 932. Добросовісне набуття від неуправненої особи.

(1) Внаслідок відчуження, здійсненого відповідно до § 929, набувач стає власником навіть у тому разі, коли річ не належала відчужувачу, якщо тільки на час, коли відповідно до цих приписів мало б виникнути право власності набувач, не був недобросовісним. У випадку, вказаному в § 929 речення 2 це положення застосовується тільки у тому разі, якщо набувач отримав володіння річчю від відчужувача.

(2) Набувач є недобросовісним, якщо він знав або не знав лише внаслідок проявленої грубої необережності, що річ не належить відчужувачу.

§ 1006. Презумпція власності володільця.

(1) На користь володільця рухомої речі презюмується, що він є її власником. Однак ця презумпція не має сили проти попереднього володільця речі, у якого ця річ була викрадена або була загублена ним або втрачена іншим чином, якщо тільки це не стосується грошей та цінних паперів на пред'явника.

(2) На користь попереднього володільця презюмується, що він був власником речі протягом періоду свого володіння нею.

(3) У разі опосередкованого володіння ця презумпція діє щодо опосередкованого володільця.

§ 1007. Вимоги попереднього володільця; відпадення у разі обізнаності.

(1) Хто раніше володів рухомою річчю, має право вимагати від поточного володільця її видачі, якщо тільки останній при набутті володіння був недобросовісним.

(2) Якщо річ була викрадена у попереднього володільця, загублена ним чи втрачена іншим чином, він може вимагати видачі речі навіть від добросовісного володільця, якщо тільки останній не є власником речі або не є таким, що втратив володіння річчю до початку періоду володіння такого попереднього володільця. Стосовно грошей та цінних паперів на пред'явника це положення не застосовується.

(3) Вимога відпадає, якщо попередній володільець при набутті володіння був недобросовісним або якщо він відмовився від володіння. В інших випадках відповідно застосовуються §§ 986–1003».

²² *ZGB* § 937:

«§ 937.

Втрата володіння рухомою річчю руйнує умови правоволодіння подвійним чином: як втрата фактичного панування вона позбавляє можливості користуватися річчю; як втрата легітимаційної ознаки – утруднює доведення особою свого права (§ 1006), створює для позбавленої володіння особи загрозу відчуження речі на користь добросовісної третьої особи та накладає на таку позбавлену володіння особу фактичне та юридичне обмеження можливості розпоряджатися річчю (попри § 931²³ відповідно до приписів § 986 II,²⁴ так само як це відбувається й у разі відсутності реєстраційного запису в Поземельній книзі попри §§ 873, 925²⁵ відносно до приписів § 39 I Положення про Поземельну книгу (нова редакція)).²⁶ Ви-

1. *Стосовно внесеної до Поземельної книги земельної ділянки презумпція права та позов з володіння належить лише тому, хто вказаний у Поземельній книзі.*

2. *Якщо тим не менш хоть здійснює фактичне панування щодо земельної ділянки, він може позиватись проти самочинного позбавлення його такого панування чи створення для нього перешкод».*

²³ BGV § 931:

«§ 931. Відступлення вимоги про витребування з володіння.

Якщо річчю володіє третя особа, передача такої речі може бути замінена відступленням власником набувачу вимоги про витребування цієї речі з володіння».

²⁴ BGV § 986:

«§ 986. Заперечення володільця.

(1) Володільць може відмовити у видачі речі, якщо він або опосередкований володільць, від якого він отримав своє право володіти, є управненим володіти проти власника. Якщо опосередкований володільць не має захищеного проти власника права передавати річ володільцю, власник має право вимагати від останнього видати річ опосередкованому володільцю, а якщо той не може або не має наміру наново набути володіння, то вимагати повернення речі собі.

(2) Володільць речі, яка відчужена відповідно до § 931 шляхом відступлення вимоги про витребування з володіння, може висунути проти нового власника заперечення, які він має проти відступленої вимоги».

²⁵ BGV §§ 873, 925:

«§ 873. Набуття за допомогою угоди та реєстрації.

(1) Для передачі права власності на земельну ділянку, обтяження її правом, а так само для передачі чи обтяження такого права вимагається досягнення угоди між управненою особою та іншою стороною про зміни у правах та внесення запису про таку зміну у Поземельну книгу, якщо тільки інше не встановлено законом.

(2) До внесення записів до Поземельної книги сторони зв'язані угодою лише у тому разі, коли їх волевиявлення посвідчено нотаріально або здійснено перед відомством, що веде Поземельну книгу, або управнена особа видала іншій стороні оформлену відповідно до Положення про Поземельну книгу згоду на внесення запису.

§ 925. Угода про передання власності.

(1) Про угоду між відчужувачем та набувачем (угода про передання власності), що вимагається для передачі права власності на земельну ділянку відповідно до § 873, має бути заявлено компетентному органу в присутності обох сторін. Кожен нотаріус є компетентним щодо прийняття такої заяви без будь-якої шкоди для відповідних повноважень інших органів. Заява про угоду про передання власності може також бути зроблена також під час укладення мирової угоди в суді або в такому, що має законну силу плані процедури неспроможності чи плані реструктуризації.

(2) Угода про передання власності, укладена під умовою або із зазначенням строку, є недійсною».

²⁶ Мається на увазі нова редакція на час написання статті – 1936 рік. Сучасний зміст цитованої статті – BVO § 39:

⁽¹⁾ *Внесення запису до Поземельної книги може бути здійснене лише у тому разі, коли особа, чиє право зачіпається таким записом, зареєстрована як управнена.*

⁽²⁾ *У разі іпотеки, поземельного боргу чи рентного боргу, про встановлення яких було видано письмовий*

мога про витребування з володіння щодо рухомої речі (§§ 985 і наступні BGB) також має подвійну функцію: повернення можливості повноцінного користування річчю та повернення володіння як легітимаційної ознаки. Натомість витребування земельної ділянки за правилами §§ 985 і наступних відновлює лише фактичне панування та користування; у той час як обмеження можливості розпоряджатися та небезпека відчуження на користь добросовісної третьої особи усуваються лише за допомогою виправлення легітимаційної ознаки, що її втілює запис у Поземельній книзі. Дві різні функції витребування з володіння, що поєднані у приписах §§ 985 і наступних, так само розрізняються і в нормах права нерухомості. У той час як захист мирного становища залишено на долю фізичного володіння нерухомістю (§§ 854 і наступні), легітимаційна й трансфертна функції старого *Gewere* перейшли до Поземельної книги. Тому норми §§ 985 і наступних мають також різне значення для рухомих і нерухомих речей, і саме для останніх воно є дещо обмеженим; адже для повноцінного повернення втраченого, що для рухомих речей забезпечується витребуванням як таким, останнє у випадку з нерухомими речами мусить бути доповненим витребуванням книжкового володіння. Легітимація за допомогою запису в Поземельній книзі є безпосередньою функцією права нерухомості як такого, так само як пряме чи опосередковане володіння виконує легітимаційну функцію для права на рухому річ. Положення § 894 з позицій матеріального права не виражають нічого іншого як те, що легітимація за допомогою запису в Поземельній книзі та можливість виправити таку легітимацію складають зміст незареєстрованого права на рухому річ. Вимога про виправлення (*VerA*) не є речовою вимогою про захист, натомість, як вже було визнано,²⁷ вона постає як здійснення самого незареєстрованого права.

III.

1. Відповідно до такої кваліфікації вимоги про виправлення (*VerA*) без будь-якої натяжки можливою є загальноприйнята конструкція *допустимості заперечень*²⁸ проти вимоги про виправлення (*VerA*) з посиланням на права, зумовлені книжковим володінням (наприклад, коли продавець вимагає виправлення внесеного до Поземельної книги запису про право покупця, який права власності не набув). Функціональний аналіз показує, що панівна доктрина²⁹ застосовує § 986, виходячи з його внутрішнього змісту, тільки от замість цього методологічно правильнішим було б пряме застосування: адже вимога про виправлення (*VerA*) подібно до вимоги з § 985 є здійсненням речового права. Яке значення має, однак, § 986 I в контексті

документ, вказане є рівнозначним реєстрації кредитора, якщо такий документ перебуває у володінні кредитора і доводить права кредитора відповідно до § 1155 BGB».

²⁷ За виключенням, тим не менш, поіменованих у зносках 3 та 4; тоді як тут панівна думка («спеціальний випадок вимоги про захист»).

²⁸ В оригіналі автором вжито термін *Einwendung*. Див. з цього приводу примітку 2. – Прим. переклад.

²⁹ Дойналь, Ієрінговський щорічник 53, стор. 303; *Штаудінгер*, 9 видання, § 894 V 2с (986 речення 1).

передачі для виправлення легітимації в Поземельній книзі? Право володіти у значенні, яке йому надається § 986 I, виникає у всіх зобов'язальних відносинах, у яких передається володіння; право ж володіти в розумінні книжкового володіння – тільки у тих відносинах, у яких внесення запису до Поземельної книги складає зміст виконання, яке буде заперечувати виправлення: купівля, міна, зобов'язальне та речове переважне право покупки, іпотечний кредит, передача майна та відповідно до змісту закону також зареєстровані шляхом внесення попереднього запису вимоги, правовий ефект яких зберігається навіть попри помилкове видалення такого попереднього запису з Поземельної книги.

Те, що у наданні згоди на виправлення може бути відмовлено особою, яка ґрунтує запис про своє право на набутті його від іншої особи, що була управнена на книжкове володіння, тобто з огляду на правовідносини, які зобов'язували до розпорядження майном, випливає із прямого застосування положень про захист за допомогою заперечень відповідно до § 986 I речення 1 і другої половини речення 2. Особа, чие право було зареєстроване в порядку правонаступництва покупця, який насправді права власності не набув, може відмовити первісному продавцеві у наданні згоди на виправлення.

2. Положення § 986 I речення 2 застосовуються рідше. Випадки, пов'язані з подальшою передачею права володіння, на практиці в праві нерухомості зустріти непросто: той, хто набув право книжкового володіння, тобто про чие право внесений запис у Поземельну книгу, зазвичай також має право відчужити річ третім особам (здійснити відступлення іпотеки третьої особи, щодо якої досягнуто згоди, але яка ще не виникла, тощо). Якщо, однак, особа, управнена на внесення запису про своє право в Поземельну книгу, має обов'язок у відносинах з іншою особою, що має речове право, утримуватися від відчуження речі, як-от у випадку фідуціарної передачі речового права на нерухомість, наприклад з метою іпотеки, то третя особа – набувач відповідно до § 986 I речення 2 зобов'язаний надати цеденту згоду на зворотню реєстрацію.

3. Яке значення застосування § 986 II має для заперечень³⁰ боржника за вимогою про виправлення проти третіх осіб, яким управненою особою було відступлено право вимоги про виправлення (VerA), може бути вирішено лише у взаємозв'язку з дуже спірним питанням про принципову допустимість відступлення вимоги про виправлення (VerA).

IV.

1. Якщо вимога про виправлення (VerA) є нічим іншим як сформульованою у специфічному категоріальному полі права нерухомості та реєстрації речових прав на неї вимогою про витребування з володіння, то це питання спрощується: натомість постає загальна і відома проблема допустимості самостійного відступлення вимоги про витребування з володіння окремо від передачі відповідного абсолютного права.

³⁰ В оригіналі автором вжито термін *Einreden*. Див. з цього приводу примітку 2. – Прим. переклад.

Щодо такої вимоги, як відомо, у праві рухомих речей (§§ 931, 986 II) зроблено спробу досягти передання права власності у теоретично найприйнятнішій формі договору про передачу, що є «сліпим», позбавленим очевидності для третіх осіб. Ця передача власності лише здається очевидною за рахунок [конструкції] договору про зміну володільця відповідно до § 854 II, проте по суті така очевидність відсутня. Передача власності шляхом відступлення вимоги про витребування з володіння (§ 931) насправді не є передачею в силу договору про передачу володіння, як і заміником традиції, а просто є угодою про перехід власності. Ідея допустимості самостійного відступлення вимоги про витребування з володіння заспокоює нечисту совість теоретиків, однак і в цьому разі нерозривно пов'язана з відповідним переходом права.

Ця конструкція ґрунтується на змішуванні двох функцій опосередкованого володіння – функції позначення права і функції захисту. У той час як передача захисту володіння та мирного володіння шляхом простої домовленості відповідно до визначених § 854 II передумов має сенс, зміна відкритого стану володіння шляхом відомої лише сторонам домовленості є неможливою, якщо тільки публічність речових прав взагалі повинна зберігати своє політико-правове значення.

Так само як договір про передачу відповідно до § 931 не створює на стороні набувача відкритого володіння, не гарантує він і набуття права як такого, адже цьому можуть бути протиставлені приховані заперечення³¹ третіх осіб відповідно до § 986 II: якщо вилучити з конструкції штучну надбудову у вигляді самостійної, захищеної від заперечень вимоги про витребування з володіння, то неодмінно слід позначити набувача відповідно до § 931 як «відносного» власника, хоча така формула до цього часу відкидалася. Отже, добросовісне набуття речі шляхом відступлення вимоги про витребування з володіння виключається, за винятком вкрай сумнівного з політико-правової точки зору випадку, передбаченого першою половиною речення § 934 («коли відчужувач є опосередкованим володільцем речі»)³². Цей виняток уможливає добросовісне набуття навіть таких незаконно вибулих з володіння особи речей, які несуть на собі знаки справжнього власника, як-от кухлів певних пивбарів чи книг з бібліотечними штампами.³³ У цьому випадку до-

³¹ В оригіналі автором вжито термін *Einwendung*. Див. з цього приводу примітку 2. – Прим. переклад.

³² BGB § 934:

«§ 934. Добросовісне набуття при відступленні вимоги про витребування з володіння.

Якщо відчужена в порядку § 931 річ не належить відчужувачу, то набувач стає власником цієї речі з моменту відступлення відповідної вимоги, якщо відчужувач був опосередкованим володільцем, а в іншому випадку – якщо він отримав цю річ у володіння від третьої особи, якщо тільки набувач не був недобросовісним на час відступлення вимоги чи набуття володіння».

³³ Прим. ВК – Прикметно, що переклад цієї роботи здійснюється за книжкою, що позначена печаткою Університету Зальцбурга, люб'язно придбаною в Німеччині одним із найавторитетніших знавців українського корпоративного права паном Віталієм Пацюком. Щоправда, книжка також містить штамп про списання із бібліотечних фондів (*ausgescheiden*), а це виключає підозру, що книжка незаконно полишила університетські бібліотечні фонди.

водиться покладатися на існування зовсім неочевидного опосередкованого володіння, якщо таке існування чітко стверджувалося відчужувачем.

Ці допоміжні конструкції є лише симптомом безнадійного занепаду концепції очевидності володіння рухомими речами, що найяскравіше проявляється у виникненні мобіліарних іпотек,³⁴ таких як забезпечувальна передача права чи збереження права власності (функціональна сутність якого полягає в обтяженні відповідного рухомого майна з метою забезпечення сплати залишку покупної ціни). Такий напрямок розвитку не повинен узаконюватися та схвалюватися через застосування допоміжних догматичних конструкцій, адже володіння з необхідністю втрачає свою функцію позначення належності права у кожній області цивільного обороту, більше не обмежену локальними рамками транспортної та набувальної спільності. Він може бути оздоровлений лише за допомогою ґрунтовної реформи системи кредитування під заставу рухомого майна.

З наведеного випливає, що самостійне відступлення вимоги про виправлення (VerA) як цесія виндикаційної вимоги без внесення запису до Поземельної книги, тобто як передача без запису в Поземельній книзі, правомірно відкидається з міркувань політики права та юридичного методу. На відміну від володіння рухомими речами Поземельна книга є важливим інститутом забезпечення публічності прав, про послаблення якого на користь зручнішої свободи обороту сьогодні слід думати менше, ніж будь-коли. Передача вимоги про виправлення (VerA) в обхід механізму передачі зареєстрованого права уможливила б в конкретному випадку за допомогою умоглядної понятійної конструкції динаміку прав без внесення записів до Поземельної книги і таким чином підірвала б концептуальні засади системи реєстрації прав на нерухомість.³⁵ Не міркування «гармонії системи приписів»³⁶, а конкретне й одноманітне втілення бажаних з політико-правової точки зору структурних засад сучасного права нерухомості призводить до невизнання допустимості самостійного відступлення вимоги про виправлення (VerA) за власним розсудом особи. Інтереси власника щодо використання речі, на які вказує Гек, здійснюючи ретельне зважування релевантних інтересів осіб, повинні розглядатися як слабкий з політико-правової точки зору аргумент; посилення на те, що добросовісна третя особа і без цього достатньо захищена, не спростовує іс-

³⁴ Для вітчизняного юриста вказаний термін звучить суперечливо, адже за українським правом іпотека є заставою нерухомості. Натомість в цьому місці іпотека постає як застава зі збереженням володіння заставодержателя, що, до речі, відповідає первинному змісту цієї конструкції в давньогрецькому та римському праві (D.13.7.9.2). У наведеному сенсі іпотека рухомої речі є цілком можливою.

³⁵ Таким є панівне вчення: в цілому – фон Тур, Загальна частина II 1, стор. 470 та ін.; Ортман, Архів цивілістичної практики 113, 51; Штаудінгер, § 894 IV а; навпаки зовсім інший підхід в цілому й у деталях – Гек, вказ. праця, § 39, 2; § 42, 10 та передусім Екскурс 3.

³⁶ Як каже Гек, Екскурс 3, заперечуючи своїм супротивникам. Відмова практики реєстрації прав від проміжної реєстрації щодо управненої особи, запис про права якої не внесено до Поземельної книги (про це Гек, там само) навпаки є цілком виправданим спрощенням.

тотної вагомості заперечень. Аналіз сутнісної функції вимоги про виправлення (VerA) вказує на справедливність класичного погляду, який нині відходить у минуле, за яким виправлення як спосіб безпосереднього оприявлення незареєстрованого права на нерухомість не здатне до догматичної самостійності. Такі ідеальні конструкції як відступлення, обтяження та накладення заборони щодо вимоги про виправлення (VerA) подібно до виведеної з § 931 вимоги про витребування з володіння є не виправдані з позицій політики права та юридичного методу трансформацією конструкції розпорядження правом; той, хто їх допускає, тим самим вказує на можливість розпорядження нерухомістю за допомогою простого договору. Утім, навіть у такій системі добросовісна третя особа все таки була б захищена (§ 892), однак відомий суспільний інтерес у публічності прав був би практично знехтуваний. Це було б створенням певного різновиду транскрипційної системи.

2. Наразі практика та панівна думка в літературі³⁷ відповідно до очевидної здорової потреби допускають накладення обтяження щодо вимоги про виправлення (VerA) з метою внесення до Поземельної книги відомостей про боржника за таким обтяженням, і цьому необхідно надати простіше та точніше обґрунтування. Ця конструкція базується на необхідності здійснювати внесення до Поземельної книги попереднього запису про боржника у процедурі звернення стягнення на нерухоме майно відповідно до § 39 Положення про Поземельну книгу (нова редакція на час написання статті).³⁸ На відміну від накладення заборони щодо рухомих речей у разі згоди третьої особи видати їх (§ 809 Цивільного процесуального закону, див. також § 847 Цивільного процесуального закону),³⁹ встановлення публічного обмежувального заставного права вимагає легітимаційного управління. У той час як при накладенні заборони щодо рухомих речей вимагається зміна володільця відповідно до § 809, що становить елемент отримання володіння виконавцем й досягається за допомогою розпорядження про вилучення відповідно до §847 Цивільного процесуального закону, у випадку з нерухомими речами зміни у легітимації пов'язані з тривалою та непростою процедурою внесення записів у Поземельну книгу (звернення, згода на внесення

³⁷ RGZ 59, 289 (до цього непевно); 91, 396; 112, 260 і наст. частіше; Менде, Ієрінговський щорічник 70, стор.151 і наступні; проти знов Гек § 42, 6.

³⁸ За винятком випадків, коли кредитор вже отримав захист відповідно до § 14 Положення про Поземельну книгу.

³⁹ ZPO § 809, 847:

«§ 809. Накладення заборони на речі, що знаходяться у кредитора чи у третіх осіб.

Попередні приписи відповідно застосовуються до випадків накладення заборони на речі, що утримуються кредитором чи перебувають у володінні третьої особи, що згодна їх видати.

§ 847. Вимога про витребування з володіння рухомої речі.

(1) При накладенні заборони на вимогу, що стосується рухомої тілесної речі, встановлюється, що ця річ має бути передана виконавцю судового рішення, визначеному кредитором.

(2) Відносин щодо користування такою річчю застосовуються правила про користування речами, на які накладена заборона».

запису чи рішення суду, що набрало законної сили, § 894 Цивільного процесуального закону).⁴⁰

Зазначене є проявом адаптації до формалізованих вимог процедури ведення Поземельної книги, а тому сприйняття «обтяження щодо вимоги про виправлення (VerA)» власне як особливого матеріально-правового розпорядження самостійною вимогою про витребування з володіння є так само мало обґрунтованим, як і посилення на вимогу про витребування з володіння за § 847 Цивільного процесуального закону. У цьому разі ми бачимо ніщо інше, як уповноваження⁴¹ стягувачу виконавчим судом в порядку виконання судових рішень, заставодержателю боржником подати заяву про виправлення або в судовому порядку від власного імені здійснити чужу легітимацію, що відповідно до загальних процесуальних засад є допустимим і природним. Те, що таке уповноваження не виключає права первинно управненої особи звернутися із заявою про внесення до Поземельної книги,⁴² вирішується само собою за допомогою накладення виконавчим судом в порядку контролю за виконанням судового рішення заборони розпорядження, яка стосується як звернення стягнення, так і виправлення записів у Поземельній книзі.

3. Якщо такий погляд є достатнім навіть для дозволу, наданого з метою накладення арешту, для якого припущення про незалежний арешт може бути виправдане (неправильною) аналогією § 847 Цивільного процесуального закону, то арешт та передача вимоги про виправлення (VerA) для внесення у Поземельну книгу запису про боржника або цедента є нічим іншим як правочином, що уповноважує здійснити чуже право на виправлення від власного імені. Зазначене впливає з правильної аналогії із заставою рухомих речей, у випадку якої з невеликим обмеженням за § 1205 II (повідомлення)⁴³ від заставодавця не вимагається передання володіння предметом застави. Якщо незареєстрований власник «відступає» вимогу про виправ-

⁴⁰ ZPO § 894:

«§ 894. Фікція волевиявлення.

Якщо боржник присуджений до волевиявлення, то таке волевиявлення вважається здійсненим з моменту набрання рішенням суду законної сили. Якщо волевиявлення залежить від зустрічного виконання, то відповідний результат настає, як тільки згідно приписів §§ 726, 730 буде видана така, що підлягає примусовому виконанню копія рішення, що набрало законної сили».

⁴¹ Так, зараз у відступлення від вказаного, правильна позиція: фон Тур, вказ. праця; RGR коментар (коментар до BGB з особливим оглядом судової практики Верховного імперського та Верховного федерального суду Німеччини), 8-е видання, § 894, 2 та головним чином у судовій практиці; проти знов Гек, особливо § 42, 6.

⁴² Гек, § 42, 6.

⁴³ BGB § 1205:

«§ 1205. Встановлення права застави.

(1) Для встановлення права застави вимагається, щоб власник передав річ кредитору і щоб обидва вони дійшли згоди, що право застави повинно належати кредитору. Якщо річ вже перебуває у володінні кредитора, то достатньо лише досягнення згоди щодо встановлення права застави.

(2) Передача речі, що перебуває в опосередкованому володінні, може бути замінена перенесенням власником опосередкованого володіння на кредитора з повідомленням володільця про передання речі в заставу».

лення (VerA) тому, на користь кого він бажає встановити іпотеку, то функціонально це нічим не відрізняється від того, якби Е. заставив Р. цінні папери в депозит відповідно до § 1205 II і одночасно уповноважив би останнього забрати ці папери. Побоювання,⁴⁴ які також виникають у випадку застави та відступлення, з приводу того, що право цедента подати заяву про внесення до Поземельної книги в цьому разі також не виключається, нівелюється тим, що перехід прав цедента відповідно до §873 II BGB все одно не повинен відбуватися раніше внесення запису до Поземельної книги: невиключність повноваження є виправданим з політико-правової точки зору наслідком, який служить суспільному інтересу щодо публічності прав. Проста юридична фігура справжнього, фідучіарного уповноваження роз'яснює виникаючі питання з набагато меншими натяжками та призводить до функціонально виправданих рішень; натомість запровадження суто штучно виведеної позбавленої правового значення вимоги про витребування з володіння під маскою вимоги про виправлення (VerA) приховує функціональну проблемність ситуації. Це ставить під загрозу суспільний інтерес щодо публічності прав (дотримання якого за допомогою § 892 не гарантується) на користь непрозорих, можливо – сумнівних оборудок з нерухомим майном, здійснюваних за допомогою простих договорів.

V.

Згода на виправлення (§ 894) функціонально є передачею книжкового володіння; отже, у відповідній ситуації підлягають застосуванню положення §§ 985 і наступних, але тією мірою, якою це відповідає їх змісту та сутності правовідносин. Оскільки виправлення легітимації є конструкцією права нерухомості, здійснення окремого розпорядження вимогою про виправлення (VerA) без розпорядження відповідним правом є або безпредметним, або вказує на обхід *Eintragungsprinzip*⁴⁵; навпаки, належне надання повноваження відповідно до концептуальних засад системи реєстрації прав на нерухомість є засобом, виправданим міркуваннями допустимого спрощення. Ці висновки в цілому узгоджуються з панівною практикою, а тому нові теоретичні зусилля можуть здатися надмірними. Тим не менш, дослідження не буде марним, якщо в результаті окремі дискусійні питання значної практичної ваги вдасться переконливо вирішити з урахуванням принципів права нерухомості, тим більше, що з цієї нагоди були виявлені непоодинокі критичні зауваження щодо теоретичної конструкції сучасного договору про передання у власність рухомого майна. У цьому сенсі такі дослідження не будуть позбавленими практичного значення, будучи також підготовчою роботою щодо політико-правового перегляду цього неогляданого і, здавалося б, – суто технічного комплексу проблем. Адже тільки після видалення надмірного оздоблення та орнаментів оприявнюється дійсний стан будівлі, що потребує оновлення.

⁴⁴ Гек, там само.

⁴⁵ Авторський текст містить термін (*Eintragungsprinzip*), якому у вітчизняному праві найбільш адекватно відповідає термін «принцип внесення» – Прим. переклад.