

ISSN (online) 2786-8834

Громадська організація «Цивілістична платформа»

ЦИВІЛІСТИЧНА ПЛАТФОРМА

C. P. JOURNAL

Науковий юридичний журнал

Scientific legal journal

Тема номера
«Іпотека»

**№ 4 (7)
2025**

Громадська організація «Цивілістична платформа»

ЦИВІЛІСТИЧНА ПЛАТФОРМА С. Р. JOURNAL

Науковий юридичний журнал

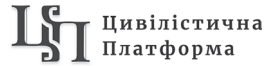
Scientific legal journal

Виходить 4 рази на рік

Заснований 2023 року

№ 4 (7)
2025

Харків
ГО «Цивілістична платформа»
2025



Видавництво ГО «Цивілістична платформа»
61002, вул. Дарвіна 19, Харків, Україна
<https://clp.org.ua/>

Свідчення про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7942 від 21.09.2023 р.

*Затверджено до друку на засіданні вченої ради
ГО «Цивілістична платформа»
(Протокол № 4 від 26.11.2025 р.)*

Головний редактор:

д-р юрид. наук, проф. І. Спасибо-Фатєєва

Заступник головного редактора:

канд. юрид. наук С. Глогов

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф. О. Беяневич, д-р юрид. наук, проф. Р. Майданик,
д-р юрид. наук, проф. С. Шимон, канд. юрид. наук, доц. В. Кочин,
канд. юрид. наук Ю. Мица, д-р юрид. наук, проф. Катя Захарова-Ассаф (Ізраїль),
д-р екон. наук, проф. Ліза Марія Херцог (Нідерланди)

Цивілістична платформа : наук. юрид. журн. / редкол.: І. Спасибо-Фатєєва
(гол. ред.) та ін. — Харків : ГО «Цивілістична платформа», 2025. — № 4 (7). —
162 с. — DOI: <https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4>

Зміст

Слово головного редактора

4



НАУКОВІ СТАТТІ

Ханс Фредрік Мартинуссен

(Де-)Конструювання іпотеки: роздуми про акцесорність, властивості належної іпотеки і розробку нового іпотечного законодавства для країн із перехідною економікою або навіть майбутньої євроіпотеки («Eurohypothec»)

5

Тім Лассен

Реєстрація заставних прав на рухоме майно в міжнародному порівнянні

53

Галінська Юлія

Правове регулювання забезпечення споживчих кредитів на проживання (іпотеки) за законодавством Чехії

80

Спасибо-Фатєєва Інна

Іпотека в ретроспективі та перспективі правотворчості

96

Посікіра Роман

Lex commissoria: світовий досвід і українські реалії

122

Федосенко Наталія

Добросовісний набувач іпотечного майна: пошук балансу між стабільністю обігу та захистом кредитора

139

Сурженко Ольга, Мацик Олександра

Актуальні проблеми захисту прав іпотекодавця — юридичної особи

153

СЛОВО ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

Шановні колеги!

Правники звикли писати статті та монографії у вузькому замкненому колі — вони не виходять за межі своєї «талузевої приналежності», а тим більш — за межі права. Тому цивілісти пишуть, начебто перебувають у цивілістичному тунелі. Ми, як склалося за радянських часів, додержуємося прислів'я «не літай, вороно, в чужії хороби». Це призводить до того, що багатогранна іпотечна тематика висвітлюється однобічно, що і нецікаво, і некорисно.

Насправді ж, іпотечна проблематика лежить у площині не лише права, а й передусім — економіки і фінансів. Із позицій останніх нею охоплюється кредитування, елементом якого і є іпотечне кредитування. Власне, саме задля цього і виникла іпотека. У цьому можна переконатися, ознайомившись із статтею доктора Тіма Лассена, що працює в Асоціації банків.

Тож, обговорення того, якою є правова природа цього способу забезпечення виконання зобов'язання — речовою чи зобов'язальною і подібних до них, зовсім недостатньо, аби визначити всі прояви іпотеки.

У цьому номері журналу йдеться про це і про багато інших аспектів іпотеки — і як обтяження права власності, і як оборотоздатного фінансового інструменту, яким вона є у складі фінансово-економічних механізмів, і про способи захисту добросовісного набувача тощо.

Читачі зможуть почерпнути інформацію про цікавий німецький та чеський досвід, яким поділилися наші автори, а також професор Університету Бергена Ханс Фредрік Мартинуссен, який люб'язно надав свою статтю для опублікування в журналі.

Що ще треба для того, щоб і українські науковці нарешті зрушили зі своїх штампів про наукові дослідження і розширили межі аналізу проблематики іпотеки? Наша мета — посприяти поглибленню таких досліджень, зацікавити наших науковців і дочекатися тих часів, коли ми матимемо справді якісний і потрібний контент. Автори нашого журналу якраз і намагаються його продемонструвати.

Сподіваємося, цей номер журналу, як завжди, буде цікавим та затребуваним.

Проф. Інна Спасибо-Фатеева

НАУКОВІ СТАТТІ



Ханс Фредрік Мартинуссен¹
доктор філософії, професор права
керівник науково-дослідної групи
з права власності та зобов'язань
Університет Бергена
Берген, Норвегія
e-mail: hans.marthinussen@uib.no

УДК 347.2:347.4

DOI: <https://doi.org/10.4337/9781839100659.00017>

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-5-52>

(ДЕ-)КОНСТРУЮВАННЯ ІПОТЕКИ: РОЗДУМИ ПРО АКЦЕСОРНІСТЬ, ВЛАСТИВОСТІ НАЛЕЖНОЇ ІПОТЕКИ І РОЗРОБКУ НОВОГО ІПОТЕЧНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДЛЯ КРАЇН ІЗ ПЕРЕХІДНОЮ ЕКОНОМІКОЮ АБО НАВІТЬ МАЙБУТНЬОЇ ЄВРОІПОТЕКИ («EUROMORTGAGE»)²

1. Вступ — складна природа іпотек та їхня акцесорність

«Ніхто, керуючись природною інтуїцією, ніколи не розумів англійської іпотеки», — писав лорд Макнахтен (Macnaghten) у відомому рішенні англійського суду, ухваленому 1904 року³. Я б не здивувався, якби хтось сказав те саме про німецький *Grundschuld*. Дуже складні, а для когось і заплутані іпотечні конструкції також зустрічаються в країнах, де іпотеки були включені в іпотечні сертифікати з уявними вимогами, такі як норвезький *pantobligasjon*, датський *ejerpantebrev* і швейцарський *Schuldbrief*⁴.

¹ Доктор філософії, професор права, керівник науково-дослідної групи з права власності та зобов'язань Університету Бергена в місті Берген, фюльке Хордаланн, Норвегія.

² Fredrik Marthinussen, H. (2023). (De-)constructing mortgages: reflections on accessoriness, properties of good mortgages and the development of new mortgage legislation for transition economies or even a future Euro-mortgage ('Eurohypothec'). In E. Nordtveit (Ed.), *The Changing Role of Property Law* (pp. 221–262). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781839100659.00017>. Переклад українською Владислава Кисіля (Vladyslav Kysil). Друкується за ліцензійною угодою з Edward Elgar Publishing Limited від 07.07.2025 PLSclear Ref No: 107305.

³ Samuel v. Jarrah Timber and Wood Paving Corporation [1904] A.C. p. 323.

⁴ Я вживаю термін «іпотека» (*mortgage*) для позначення речового забезпечувального права (*in rem*) на нерухоме майно через відсутність іншого загальноєвропейського терміна в англійській мові для таких забезпечувальних прав. Отже, термін «іпотека» (*mortgage*) не

Звісно, така багатоманітність видів іпотек виникає внаслідок складних причин. Однак не може бути сумнівів, що одним із найважливіших чинників є недоліки римського права щодо іпотек. Римське право розглядало іпотеки переважно як договір (контракт), мало зважаючи на інтереси третіх сторін, і не містило системи реєстрації чи оприлюднення. Через це не існує спільної європейської основи, на якій можна було б побудувати одноманітні сучасні іпотеки, що базувалися б на засадах реєстрації. Також не було базового рецепта для інтеграції досить прагматичної моделі акцесорності іпотек за римським правом до системи сучасних зареєстрованих іпотек. Тому іпотеки, більшою мірою, ніж значна частина іншого європейського цивільного права, розвивалися у багатьох правопорядках європейських країн нарізно на основі неодноманітної правової спадщини⁵.

Проте згадана вище акцесорність іпотек є спільною спадщиною римського права. Вона певною мірою знайшла відбиття у більшості європейських правових систем. Термін «акцесорність» вживається для опису відносин між забезпечувальним правом (забезпеченням) та забезпеченим зобов'язанням, де забезпечення є додатковим до забезпеченого зобов'язання. Основна ідея акцесорних іпотек досить проста з погляду логіки та призначення. Оскільки іпотека створюється для забезпечення виконання зобов'язання, її існування нерозривно пов'язане із зобов'язанням, яке вона забезпечує. Без зобов'язання забезпечення не має мети і не може існувати⁶.

зарезервований для конкретного англійського mortgage (незалежно від того, чи включає цей термін *charge*). Він охоплює, наприклад, усі європейські форми *hypothec*. Обговорення термінології та *mortgage* проти *hypothec* див. у Вінсента Сараєрта (Vincent Sagaert), *Harmonization of Security Rights on Immoveables: An Ongoing Story* у виданні Артура Харткампа та ін. (ред.), *Towards a European Civil Code* (4-те вид. Kluwer Law International 2011) с. 1046–1048. Щодо термінів *mortgage* та *hypothec* див. також Г'єрі Уотта (Gary Watt), *The Lie of the Land: Mortgage Law as Legal Fiction*, у виданні Елізабет Кук (ред.), *Modern Studies in Property Law*, Vol. 4 (Hart Publishing 2007), с. 73–96. Досить громіздко використовувати такі терміни, як «речові забезпечувальні права на нерухомість», які іноді обирають у порівняльних роботах у цій галузі. Іншими можливими термінами є «обтяження» (*charge* або *lien*), які, однак, викликають ті самі заперечення щодо їхнього специфічного змісту в англо-американському праві, що й термін *mortgage*. Пояснення термінології в англійському праві (*mortgage*, *lien*, *pledge* та *charge*) див. у Стюарта Бріджа, Елізабет Кук та Мартіна Діксона, Megarry & Wade, *The Law of Real Property* (9-те вид. Sweet and Maxwell, 2019) с. 1032–1034 та у Кевіна Грея і Сьюзан Френсіс Грей, *Elements of Land Law* (5-те вид. Oxford University Press, 2009) с. 694. Щодо термінів *mortgage* та *lien* в американському праві, які використовуються дещо інакше, див.: The American Law Institute, *Restatement of the Law (third), Property – Mortgages* (American Law Institute Publishers, 1997) с. 4 та 9.

⁵ Докладне дослідження іпотек за римським правом та опис їхніх характеристик можна знайти у Макса Казера (Max Kaser) (див. «Studien zum römischen Pfandrecht», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1976, с. 233–289 та «Studien zum römischen Pfandrecht II», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1979, с. 319–345). Про акцесорність іпотек римського права, зокрема, див. у Вольфганга Мінке (Wolfgang Mincke), *Die Akzessorietät des Pfandrechts* (Dunker & Humblot 1987) с. 39–50.

⁶ Більше про концепцію акцесорності іпотеки див. у Крістіана фон Бара та Ульріха Дробніга (Christian von Bar and Ulrich Drobnig), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe* (Sellier 2004) с. 341–342 та у Л.П.В. ван Вліта (L.P.W. van Vliet), «Mortgages on immovables in Dutch law» у виданні Моніки Гінтерпергер та Томіслава Боріча (Monika

За словами фон Бара та Дробніга, «одним із фундаментальних принципів справжніх забезпечувальних прав є те, що ці права залежать від (є акцесорними до) забезпеченої вимоги»⁷. Для іпотек це, безумовно, правильно в історичному контексті. Однак сьогодні європейські іпотеки дедалі частіше стають незалежними від вимог, які вони призначені забезпечувати. Основною рушійною силою цього розвитку були практичні потреби, які часто реалізовувалися шляхом творчого використання наявного правового регулювання, що призводило до створення ускладнених за структурою інститутів іпотеки. Ці складні іпотечні структури можуть спричинити правову невизначеність, яка часто є занадто дорогою в цій галузі права. Це також ускладнює пошук хороших моделей для правових запозичень, коли правові системи обмірковують реформу іпотечного права.

У цій статті я спробую поглянути за межі багатьох складних і, до певної міри, непотрібних структур сучасних європейських іпотек та визначити, якими якостями має володіти іпотека, що добре функціонує. Я також досліджу, чи існує можливість зробити структуру належної іпотеки зрозумілою і простою.

2. Проблема іпотечної акцесорності

У римському праві, коли іпотека була просто контрактом, було безпроблемно дозволити забезпеченню виникати після видачі забезпеченого кредиту. Із сучасними системами реєстрації нерухомості, що потребують реєстрації іпотек, щоб захистити їх від третіх сторін або, можливо, навіть для того, щоб вони взагалі були дійсними, все стає складніше. Цитую дансько-норвезьку книгу про характер іпотеки у 19 столітті:

«Якщо при розробці закону передбачалося, що сторони спочатку видадуть іпотечний лист і нададуть кредит, а вже потім звернуться за реєстрацією іпотеки, то нехай буде так. Принаймні, точно відомо, що на практиці мусять дотримуватися і дотримуються геть іншого підходу. Іпотекодержатель зазвичай не віддасть своїх грошей, доки не буде повністю впевнений, що отримає обіцяну іпотеку, і тому не залишається нічого іншого, як видати та зареєструвати іпотечний лист до фактичної видачі грошей»⁸.

Hinteregger and Tomislav Borić (ред.), *Sicherungsrechte an immobilien in Europa* (LIT 2009) с. 287–288. Детальний розгляд юридичної акцесорності в приватному праві див. у Дітера Медікуса (Dieter Medicus), «Die Akcessorietät im Zivilrecht», *Juristische Schulung* (JuS) 1971, с. 497–504. Цей термін зазвичай не вживається в англійському праві, і тому певною мірою невідомий як юридичний термін в англійській мові, див. Ендрю Дж. М. Стівена (Andrew J. M. Steven) «Accessoriness and Security over Land», *Edinburgh Law Review* Vol. 13 (2009), с. 388. Коли термін *accessoriness* іноді використовується, це, здається, швидше випадковість і загальний опис, а не правовий принцип чи норма, див., наприклад, Ф.Г. Лоусона та Бернарда Раддена (F. H. Lawson and Bernard Rudden), *The Law of Property* (3-тє вид. Oxford University Press 2002), с. 129 («будь-яке забезпечення є лише додатковим до вимоги, яку воно забезпечує»), пор. с. 127. Термін, схоже, не застосовується в американському праві, хоча ідея акцесорності, очевидно, також є базовим поняттям в американському іпотечному праві, як зазначено у *Restatement on mortgages* (вказана праця), с. 9: «Якщо іпотека не забезпечує зобов'язання, вона є недійсною». Див. також судову практику на с. 12.

⁷ von Bar/Drobnig, *ibid*.

⁸ Ernst Møller, *Dækningsadgang eller fordringsret* (Universitetsboghandler G.E.C. Gad. 1892) с. 157. Переклад автора.

За неухильного дотримання принцип акцесорності передбачає, що іпотека не може існувати до фактичної видачі позики⁹. В Англії це призвело до дещо складної системи реєстрації, що включала отримання офіційної інформації або повідомлень про пріоритет, де іпотекодержатель не завжди може бути впевнений, що отримає пріоритет, який часто є найважливішою умовою для надання згаданої позики¹⁰. В інших країнах акцесорність призвела до практики нотаріального підтвердження видачі позики до її фактичного надання, що може бути небезпечним для позичальника¹¹. У Шотландії акцесорність іпотеки змусила до обрання повної передачі права власності кредиту, поєднану лише із зобов'язальною вимогою повернути майно після повного погашення всіх боргів¹².

Акцесорність також може ускладнити забезпечення поточних овердрафтів або подібних кредитних угод, де кілька вимог, що виникають у різні моменти в часі, мають бути забезпечені. Можна заперечити, що це не проблема, викликана лише акцесорністю, оскільки акцесорність зазвичай не розглядається як перешкода для забезпечення майбутніх вимог або вимог, що виникають за певних умов (умовних вимог). Однак у поєднанні із системою реєстрації нерухомості, яка через необхідність публічності потребує зазначення при реєстрації інформації про розмір забезпеченої вимоги, завдання щодо забезпечення іпотекою вимоги із невизначеним розміром може виявитися нерозв'язуваним.

Якщо акцесорність застосовується так, що погашення забезпеченого боргу призводить до припинення дії забезпечення, це є не вигідним для іпотекодавця. Якщо власник переданої в іпотеку нерухомості хоче отримати новий кредит, реєстрація нової іпотеки може потягнути додаткові витрати, а також може потребувати додаткового часу. У разі наступної іпотеки принцип акцесорності може призвести до проблем,

⁹ Cf. Rupp (вказана праця) р. 66.

¹⁰ Див. Роя Гуда та Луїзу Гулліфер (Roy Goode and Louise Gullifer), Goode and Gullifer on legal problems of credit and security (6-те вид. Sweet & Maxwell 2017) с. 194–196 та Бріджа/Кука/Діксона (Bridge/Cooke/Dixon) (прим. 2) с. 148–149, 224–225 та 1136. Завдяки Закону про реєстрацію 2002 року (Land Registration Act 2002) більшість цих проблем було усунено для іпотек на зареєстровані земельні ділянки, що є єдиною існуючою на практиці формою іпотеки на них. Однак проблеми можуть виникнути, коли іпотека стосується майбутніх вимог, де в деяких випадках пріоритет не може бути забезпечений під час реєстрації, див. Річарда Коулмана (Richard Coleman), «Further Advances under a Secured Loan: Land Registration Act 2002 р. 49», The Conveyancer & Property Lawyer vol. 78 (2014) с. 430–433 та Law Commission, Updating the Land Registration Act 2002, A Consultation Paper (Consultation Paper No 227) с. 390–400. Пор. також Гуда/Гулліфер, там само, с. 188–189. Див. для порівняння американське право та проблему майбутніх платежів, Restatement of the law, Mortgages (вказана праця) с. 44–96. Американське право, схоже, є гнучким у цьому питанні (с. 50): «Кожна іпотека повинна забезпечувати якимось зобов'язанням. Однак немає жодних заперечень проти створення іпотеки для забезпечення зобов'язання, яке ще не виникло (до якого сторони ще не вступили) або сума якого ще не є визначеною. Такі домовленості є дуже зручними і не завдають шкоди жодній іншій стороні».

¹¹ Otmar M. Stöcker, 'Die Eurohypotek' (II), in Jahresheft 2007 der Internationale Juristenvereinigung Osnabrück с. 66–67, fn 18.

¹² Steven (вказана праця) с. 397–398.

якщо позичальник хоче рефінансувати борг, забезпечений іпотекою з вищим пріоритетом¹³. Якщо борг, забезпечений іпотекою з вищим пріоритетом, погашено, це може привести до припинення дії цієї іпотеки. У багатьох правових системах це, у свою чергу, призводить до того, що іпотека з нижчим пріоритетом переходить на позицію іпотеки з вищим пріоритетом. Припинення дії іпотеки через погашення вимоги також може бути шкідливим для іпотекодержателя, якщо неухильно дотримуватися правил акцесорності в їх буквальному розумінні. Адже якщо зобов'язання позичальника за кредитним рахунком або овердрафтним кредитом, забезпеченим іпотекою, на мить знижуються до нуля через списання заборгованості, іпотекодержатель ризикує втратити своє забезпечення для майбутніх траншів кредиту, що надходитимуть на цей рахунок і використовуватимуться пізніше. Аспект принципу акцесорності, який досі створює найбільше проблем для сучасної практики фінансування, ймовірно, полягає в тому, що в силу закону кредитор за основним забезпеченням зобов'язанням має бути також іпотекодержателем, і що ці ролі не можуть бути розділені. Це може спричинити проблеми у синдикуваному (консорціумному) кредитуванні або у зв'язку зі створенням і використанням забезпечених облігацій (covered bonds), або цінних паперів, забезпечених іпотекою (mortgage-backed securities)¹⁴.

Для синдикуваного кредитування може бути менш затратним, а також більш зручним з інших причин мати одного агента із забезпечення, який виступатиме іпотекодержателем від імені кредиторів у синдикаті. Для випуску забезпечених облігацій (covered bonds) деякі юрисдикції вимагають, щоб позики та іпотеки одночасно були передані одній, окремій юридичній особі¹⁵. Оскільки часто пули

¹³ Cf. van Vliet (вказана праця) с. 299–300.

¹⁴ Див. Отмар М. Штекера (Otmar M. Stöcker), «The Eurohypothec» у виданні Шефа ван Ерпа, Артура Саломонса та Брами Аккерманса (Sjef van Erp, Arthur Salomons, and Bram Akkermans) (ред.), *The Future of European Property Law* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2012) с. 66–68, Отмар М. Штекера, «Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen. Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen», *Wertpapier-Mitteilungen (WM)* 2006, с. 1941–1949 та Еккехард Беккер-Еберхард (Ekkehard Becker-Eberhard), *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte* (Giesecking 1993) с. 329–332. Останній автор ставить під сумнів, чи ця форма акцесорності насправді є наслідком того, що забезпечення є акцесорним до забезпеченої вимоги. Ілюстративним прикладом багатьох проблем, спричинених цією формою акцесорності, та складних структур, які ці проблеми створюють, є розгляд нідерландського права в роботі Анжеліки Тіле (Angélique Thiele), *Collective security arrangements* (Kluwer Legal Publishers 2003) с. 58–107 (доступно онлайн за адресою <https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/146963>).

¹⁵ Норвегія є одним із прикладів такого регулювання, див. Закон про фінансові установи 2015 року (Financial Institutions Act 2015), § 11–7. Іншим є французьке регулювання, викладене у Серхіо Насарре-Азнара (Sergio Nasarre-Aznar), *Securitisation & mortgage bonds: Legal aspects and harmonization in Europe* (Gostick Hall Publications 2004) с. 50–51. Огляд різних європейських регуляторних моделей подано у Отмара М. Штекера, «Covered bond models in Europe: fundamentals on legal structures», *Housing Finance International*, Winter 2011, с. 32–40. Швейцарія є прикладом того, як довічне управління іпотекою на користь кредиторів практикується у великих масштабах, зокрема, для цілей забезпечених облігацій, див.: Дітер Цобл (Dieter Zobl), «Treuhänderische Verwaltung und Übertragung von Registerschuldbriefen», у *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR)* 2013, с. 217–237.

покриття, до яких ставляться високі регуляторні вимоги, можуть постійно змінюватися, щоб відповідати вимогам, важливо зберігати можливість, аби спеціальна юридична особа була здатна виступати іпотекодержателем за іпотеками, які забезпечують вимоги кредитних установ за зобов'язаннями, що передаються до пулу. Потреба виступати іпотекодержателем від імені інших кредиторів також може виникнути в інших ситуаціях фінансування¹⁶. Якщо ринок цінних паперів, забезпечених іпотекою, знову виникне, їх структурування може бути більш ефективним, якщо іпотека та забезпечений кредит можуть утримуватися різними особами, оскільки, загалом, зазвичай достатньо повідомити боржника, щоб мати дійсну та надійну передачу вимоги, тоді як передача іпотеки часто може вимагати реєстрації в земельному реєстрі¹⁷.

3. Незалежні (більшою чи меншою мірою) іпотеки

Як було показано, за суворого дотримання багато аспектів принципу акцесорності створюють проблеми для сучасного банківського та фінансового сектору економіки. Акцесорність виникнення створює проблеми при встановленні кредитних відносин, що потребують забезпечення. Акцесорність обсягу забезпечення може викликати проблеми для забезпечення вимог, обсяг яких не є сталим і коливається, таких як револьверні кредитні лінії та овердрафти. Акцесорність припинення забезпечення водночас створює проблеми для іпотекодавця, коли він хоче повторно використати своє забезпечення для економії часу та грошей, а також при рефінансуванні; це також створює ускладнення для забезпечення вимог, розмір яких коливається. Нарешті, акцесорність власності¹⁸ може зробити сек'юритизацію занадто витратною та перешкоджати ефективній реалізації прав за забезпеченими синдикованими (консорціумними) кредитами або ставати на шляху інших великих комплексних фінансових операцій.

Через ці недоліки акцесорної іпотеки більшість європейських країн упровадили іпотеки з незалежними (або «неакцесорними») елементами, або через зако-

¹⁶ Наприклад, див. Отмара М. Штекера та Рольфа Штюрнера (Otmar M. Stöcker and Rolf Stürner), *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe*, Volume III (2-ге, перероблене та розширене видання, Берлін 2010), *Schriftenreihe des VdP Band 44* (доступно за адресою https://www.pfandbrief.de/site/en/vdp/publications/vdp_schriftenreihe/vdp_No_44_Security_Rights.html) с. 99–101. Детальний опис цих викликів для складних фінансових угод, які виникають, коли іпотека не може утримуватися кимось, крім кредитора забезпеченої вимоги, див. у Штекера, *Die Eurohypothek II* (вказана праця) с. 74–76.

¹⁷ Для порівняльного європейського огляду структур забезпечених облігацій та цінних паперів, забезпечених іпотекою, див. Насарре-Азнар (Nasarre-Aznar), *Securitisation & mortgage bonds: Legal aspects and harmonization in Europe* (вказана праця). Огляд різних способів структурування забезпечених облігацій у Європі, що показує, як багато нормативних актів вимагають передачі вимог за кредитами та іпотеками окремій юридичній особі, подано у Штекера (Stöcker), *Covered bond models in Europe: fundamentals on legal structures* (вказана праця), с. 32–40.

¹⁸ Вочевидь, автор має на увазі вимогу збігу осіб кредитора за основним (забезпеченим) зобов'язанням та кредитора за забезпеченням (іпотекодержателя / заставодержателя) – Прим. перекладача.

нодавство, або через формування відповідної практики¹⁹. Ці види іпотек можна умовно розділити на три категорії: (а) земельний борг, (б) іпотечні листи з удаваною вимогою або абстрактною декларацією про заборгованість, і (с) іпотеки на максимальну суму.

У дебатах щодо моделей іпотеки ЄС (відомої також як «Euro-mortgage» або «Eurohypothec») іпотеки часто поділяють лише на дві категорії: акцесорні або незалежні²⁰. На мою думку, це створює занадто спрощену картину різних форм незалежних або частково незалежних іпотек, оскільки навряд чи існують іпотеки, які є повністю акцесорними або повністю незалежними²¹. Одним із джерел плутанини може бути те, що хоча акцесорність забезпечення детально визначена в багатьох правових системах — через законодавство, судову практику та літературу — її антипод, тобто незалежність забезпечення, не отримала такої ж уваги. Її часто розглядають як просто несиметричну протилежність і можуть тлумачити як будь-яке відхилення від суворого, логічного принципу акцесорності у бік «звичайних» незалежних прав, які лише використовуються як забезпечення²². У цьому тексті термін «незалежність» вживатиметься в першому значенні — як будь-яке відхилення від нерозривного зв'язку між забезпеченням зобов'язанням та іпотекою.

¹⁹ Див. von Bar/Drobnig (n. 4) pp. 341–342 and 354–355 та Stöcker, Die Eurohypothek II (вказана праця) pp. 68–71.

²⁰ Див., зокрема, Томаса Вахтера (Thomas Wachter), «Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt», Wertpapier-Mitteilungen (WM) 1999, с. 49–70; Ганса Г. Веренса (Hans G. Wehrens), «Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage», у виданні Артура Харткампа та ін., Towards a European Civil Code (3-тє вид., Kluwer Law International 2004) с. 769–783; Матіаса Габерсака (Matias Habersack), «Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts», Juristen Zeitung (JZ) 1997, с. 857–865; Бенедикта Фе (Bénédict Föex), «L'Eurohypothèque», у виданні Франца Верро (Franz Werro) (ред.), L'europeánisation du droit privé – Vers un Code Civil Européen? (Éditions universitaire de Fribourg 1998) с. 489–490; Штеффена Кірхера (Steffen Kircher), Grundpfandrechte in Europa (Duncker & Humblot 2004) с. 556–561; Руппа (Rupp) (вказана праця) с. 529–589 та Шефа ван Ерпа (Sjef van Erp), «A Comparative Analysis of Mortgage Law: Searching for Principles», у виданні Антоніо Гамбаро та Марії Елени Санчес Хордан (Antonio Gambaro and María Elena Sánchez Jordán) (ред.), Land Law in Comparative Perspective (Kluwer Law International 2002) с. 83.

²¹ З цього приводу див. Отмар М. Штекер (Otmar M. Stöcker), «The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?», у виданні Агнешки Древіч-Тулодзєцької (Agnieszka Drewicz-Tułodziecka) (ред.), Basic Guidelines for a Eurohypothec (Mortgage Credit Foundation Warsaw 2005) (доступно онлайн за адресою <http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf>), який на с. 46 проводить розмежування між акцесорністю виникнення, обсягу, компетенції, припинення та примусового стягнення. Див. також Медікуса (Medicus) (вказана праця), фон Бара/Дробніґа (von Bar/Drobnig) (вказана праця) с. 341–342 та ван Вліта (van Vliet) (вказана праця) с. 287.

²² Для порівняння, приміром, Stöcker, The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma? (вказана праця) р. 46 with Rupp (вказана праця) pp. 61–64.

а. Земельний борг

Іпотека виду «земельний борг» (*land debt*) означає, що земельна ділянка обтяжена певною сумою грошей. Очевидним прикладом такого типу іпотеки є німецький *Grundschild*. Спочатку *Grundschild* не був пов'язаний з особистою зобов'язальною вимогою і міг бути схарактеризований як нерозвинене та просте забезпечувальне право²³. Це була речово-правова вимога (*in rem*) проти майна, і вона походить зі старого німецького права²⁴. Через повагу до різноманітних практик кредитування, поширених у різних частинах Німеччини, його було включено до Німецького цивільного кодексу, хоча акцесорній іпотекі *Hypothek*, схоже, була призначена роль основного забезпечувального права²⁵.

Згодом у банківській практиці був розроблений так званий *Sicherungsgrundschild*. Через договір про забезпечення земельний борг був пов'язаний з особистою вимогою (або принаймні з певним зобов'язанням чи відносинами між кредитором і боржником), так, що право на звернення стягнення із вартості обтяженої земельної ділянки було обмежено розміром фактичної заборгованості. За допомогою договору про забезпечення іпотека стає договірно- (*contractually*) акцесорною. Таким чином, іпотекодержатель не має права стягувати обидва «борги»; земельний борг є лише забезпеченням вимоги.

Перевага цієї моделі полягає в тому, що (*in rem*) речово-правовий *Grundschild* є повністю незалежним від забезпеченої вимоги. Тому його можна створити до видачі кредиту, і він є гнучким у розумінні того, що може забезпечувати будь-яку вимогу, якщо ця вимога може бути описана в договорі про забезпечення. Зміни до забезпечених вимог можуть бути внесені без потреби в реєстрації у земельному реєстрі²⁶. Сьогодні *Grundschild* безроздільно домінує на німецькому кредитному ринку, тоді як *Hypothek* майже не використовується²⁷.

Тут можна провести паралель із механізмами забезпечення, де право власності використовується як забезпечення, хоча саме право власності, як правило, або принаймні первісно, не розглядається як забезпечувальне право. Типовим прикладом

²³ Див. Rolf Stürner, 'Die Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft', in Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (Mohr Siebeck 1992) p. 379.

²⁴ Старе германське коріння земельного боргу, *Satzung*, також можна простежити до схожої на німецький *Grundschild* швейцарської іпотеки *Gült*, яка, однак, не була розвинена так само, як німецький *Grundschild*, і майже не використовувалася в сучасній швейцарській кредитній практиці. Вона не могла бути пов'язана з особистою відповідальністю за борг і була лише грошовим обтяженням самої власності. Див. Вольфганг Біранда (Wolfgang Wiegand), «Theorie und Praxis der Grundpfandrechte», у *Berner Bankrechtstag 1996* (Bern 1996) с. 65–66 та 76–77. *Gült* було скасовано у 2012 році, див. Йорга Шміда та Беттіну Гюрліманн-Кауп (Jörg Schmid and Bettina Hürlimann-Kaup), *Sachenrecht* (5-те вид. Schultess 2017) с. 581.

²⁵ Див. Fritz Baur, Jürgen F. Baur and Rolf Stürner, *Sachenrecht* (18th ed. C.H. Beck 2009) с. 450–451.

²⁶ Baur/Stürner, *ibid.* с. 455–457.

²⁷ Stürner (вказана праця) с. 379.

може бути передача права власності з метою забезпечення, що сягає концепції римського права *fiducia cum creditore*, яка й була використана для первісної конструкції англійської іпотеки. Основна ідея конструкції полягає в тому, що встановлення незалежного права через угоду залежить від погашення боргу²⁸. Сучасний приклад — французький *fiducie-sûreté*, який був упроваджений 2007 року. *Fiducie-sûreté* дозволяє передачу майна довірчому управителю (*trustee*), де майно утримується як забезпечення зобов'язання²⁹. Цей механізм дає значно більшу гнучкість, ніж інші види іпотек за законодавством Франції³⁰.

б. Іпотечні листи в поєднанні з удаваною вимогою

Другу категорію становлять іпотеки, включені в іпотечні листи, в яких в одному документі поєднуються право іпотеки та удавана забезпечена вимога³¹. Завдяки договору про забезпечення ці іпотечні листи використовуються тим чи іншим чином як забезпечення основного боргу. Догматичні конструкції дещо відрізняються, але основні характеристики містяться в одному з типів іпотек у Данії (*ejerpantebrev*), Норвегії (*pantobligasjon*) та Швейцарії (*Schuldbrief*)³².

Подібно до земельного боргу, в цій категорії теоретично існують дві вимоги, хоча метою створення конструкції було отримати забезпечення для однієї вимоги. Удавана (фіктивна) вимога задовольняє потребу щодо вказування задалегідь визначеного розміру забезпеченої вимоги при реєстрації іпотеки, і це дає змогу сторонам договору

²⁸ Англійська іпотека спочатку була заснована на згаданій передачі права власності, але в наш час її було замінено конструкцією обтяження майна (*charge on the estate*), щоправда, «шляхом законної іпотеки» (*by way of legal mortgage*), для підтримки попереднього регулювання цього питання, див. розділ 23 (1) Закону про реєстрацію землі 2002 року та розділ 85 (1) Закону про власність 1925 року. Див. також Грея/Грей (Gray/Gray) (вказана праця) с. 694 та 696. Також у США традиційна іпотека як передача титулу (*conveyance of title*) майже зникла, див. Барлоу Берка (Barlow Burke), *Real Estate Transactions* (6-те вид. Wolters Kluwer 2014) с. 239–243.

²⁹ Щодо регулювання інституту *fiducie-sûreté* див. Laurent Aynès, Pierre Crocq and Augustin Aynès, *Droit des sûretés* (13th ed. LGDJ 2019) pp. 472–488.

³⁰ Детальне дослідження акцесорності *fiducie-sûreté* див. Christian Fix, *Die fiducie- sûreté. Eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht* (Mohr Siebeck 2014) pp. 106–149.

³¹ У деяких країнах використовується як абстрактна декларація заборгованості. Див. більше про забезпечення «абстрактних вимог» Rupp (вказана праця) с. 660–665.

³² Огляд норвезької іпотечної конструкції англійською мовою представлено мною тут: див. Ганс Фредрік Мартинуссен (Hans Fredrik Marthinussen), «Country report Norway», у виданні Отмара М. Штекера (Otmar M. Stöcker) (ред.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band II (Берлін 2007), *Schriftenreihe des VdP Band 32* (доступно онлайн за адресою https://www.pfandbrief.de/site/dam/jcr:107e8e6b-ea04-4026-86da-feedbdd86c2e/vdp_Nr_32_Stoecker_Flexibilitaet_II.pdf) с. 17–45. Данський *ejerpantebrev* детально описано у Бента Іверсена, Ларса Гедераарда Крістенсена та Ларса Генріка Гама Мадсена (Bent Iversen, Lars Hedegaard Kristensen and Lars Henrik Gam Madsen), *Pantere* (5-те вид. Karnov Group 2015) с. 172–182. Щодо швейцарського *Schuldbrief*, див. Шміда/Гюрліманн-Кауп (Schmid/Hürlimann-Kaup) (вказана праця) с. 544–580. У Швейцарії він також можливий в іншій формі – *Inhaberhypothekeobligation* / *obligation hypothécaire au porteur*, див. Шміда/Гюрліманн-Кауп, там само, с. 494–496.

про забезпечення забезпечувати різні вимоги, розмір яких не перевищуватиме суми, встановленої для удаваної вимоги³³.

Принаймні для норвезької та данської іпотечних моделей ця конструкція є результатом відмінностей у функціонуванні кредитних ринків у минулому. Ці форми іпотек були розроблені в часи, коли кредит було дуже важко отримати, а кредитори мали набагато менші портфелі кредитних заборгованостей, ніж сьогодні. З цих причин було важливо, щоб іпотеку та забезпечену вимогу було легко передавати та забезпечувати, щоб кредитор міг здійснити рефінансування, якщо це потрібно. Ці форми іпотек (включаючи швейцарські) зазвичай конструюються як переказні папери, здатні до передачі (negotiable documents)³⁴.

Цікаво, що всі ці паперові документи, з їхніми передбачуваними перевагами переказних документів, перетворюються на цифрові форми, де більше немає потреби в паперовому іпотечному листі. Основною рушійною силою цієї реформи є постійна цифровізація процесів реєстрації прав на нерухомість. У Данії можливість використання паперового документа була повністю скасована, тоді як у Норвегії та Швейцарії це все ще можливо, але на практиці фінансові установи уникають цього³⁵.

с. Іпотеки на максимальну суму

Третя категорія незалежних іпотек включає іпотеки, які відкрито функціонують лише як речове право забезпечення (*in rem*) із фіксованою верхньою межею для суми забезпеченого зобов'язання за кредитом. Приклади цієї категорії зустрічаються в країнах Північної Європи: норвезький і данський *skadesløsbrev*, а також шведський і фінський *pantbrev*. Завдяки реформі реєстраційного законодавства 2002 року, вона також була впроваджена в англійське право, за даними Законодавчої Комісії (the Law Commission), частково натхненної шведським законодавством³⁶, яка, втім, вже була

³³ Іншим визначальним чинником для використання удаваної «абстрактної» вимоги є те, що часто легше здійснити примусове стягнення іпотеки (через виконавче провадження), коли вимога конкретизована, див., зокрема, Ліллехольта (Lilleholt), «Pantebrev i ny form», Lov og Rett (LoR) 2002, с. 416–425 (щодо норвезького права). З цієї причини абстрактна декларація про заборгованість також використовується в поєднанні з німецьким Grundschild, навіть незважаючи на те, що Grundschild є незалежним, див. Фолькера Гана (Volker Hahn), «Grundschild und abstraktes Schuldversprechen», Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1996, с. 1233–1234.

³⁴ Огляд континентальної європейської практики див. Wertpapierhypothek (use of bills of exchange), див. Rupp (вказана праця) pp. 71–80 та 665–678. For the particular form of Schuldversprechenshypothek, see Christian von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I (C.H. Beck 2015) с. 662.

³⁵ Щодо Данії див. Peter Mortensen, Digitale panterettigheder – en oversigt (Pejus 2007) p. 54, щодо Швейцарії див. Schmid/Hürlimann-Kaup (вказана праця) pp. 549–550 and Zobl (вказана праця) pp. 217–218, щодо Норвегії див. Jens Edvin A. Skoghøy, Panterett (4th ed. Universitetsforlaget 2018) pp. 163–166.

³⁶ Див. Law Commission and H M Land Registry, Land registration for the twenty-first century: A conveyancing revolution, Law Commission No. 271 (2001), para 7.35 (pp. 132–133), now to be found in the Land Registration Act 2002 section 49 (4).

більш подібною і добре відомою в США, ніж система у Швеції³⁷. Із реформою іпотечного законодавства в Шотландії в 1970 році країна ввела своє так зване «стандартне забезпечення»³⁸. Це дає змогу забезпечувати майбутні транші перерахування коштів на будь-яку суму; фактична максимальна сума не є обов'язковою³⁹.

Цей тип іпотеки також зустрічається, з різним ступенем незалежності, у більшості європейських країн, що мають традицію акцесорної іпотеки у формі іпотек на максимальну суму⁴⁰. Континентальні європейські іпотеки на максимальну суму часто представляються як (незначна) модифікація акцесорної іпотеки, але насправді від акцесорності переважно залишається мало слідів. Однак може існувати певна догматична тенденція у поверненні до принципу акцесорності, хоча тільки там і тоді, коли і де у джерелах права відсутня можливість відхилення від цього принципу⁴¹.

Іпотека на максимальну суму вноситься в реєстр прав на нерухомість з нічим іншим, крім максимальної суми забезпеченої вимоги. Потім іпотекодавець та іпотекодержатель повинні пов'язати забезпечені вимоги із самим забезпеченням через договір про забезпечення. Що стосується примусового стягнення, то іпотека на максимальну суму є акцесорною; необхідною умовою для примусового стягнення є те, що іпотекодержатель має бути спроможним пред'явити ті прострочені вимоги, які забезпечені певною іпотекою. Однак, крім акцесорності примусового стягнення, ці іпотеки, як правило, значною мірою незалежні від основних забезпечених зобов'язань за кредитом. Вони, звичайно, створюються для уникнення недоліків старих, традиційних, суворо акцесорних іпотек, щоб зробити можливим, наприклад, забезпе-

³⁷ Див. Restatement of the Law, Mortgages (прим. 2) с. 45–70. Формально, розділ 49 (4) англійського Закону про реєстрацію нерухомості 2002 року (the English Land Registration Act 2002) стосується лише права на приєднання (tack) подальших авансів, що технічно суттєво відрізняється від шведської системи pantbrev. Функціонально ж, в обох випадках встановлюється верхня межа для забезпечених вимог, яка може вільно використовуватися без огляду на нижчі за пріоритетом речові права.

³⁸ Standard security може здаватися більш незалежним, якщо його створено за «формою В» замість «форми А», хоча на практиці іпотекодавці, схоже, також досягають значних успіхів із формою А. Див. Шотландська правова комісія (Scottish Law Commission), Discussion Paper on Heritable Securities: Pre-default (Дискусійний документ № 168) с. 69–70 (доступно за адресою <https://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform/law-reform-projects/heritable-securities/>), пор. Стівена (Steven) (прим. 4) с. 394–395. На практиці можна поставити під сумнів, чи існує взагалі якась фактична різниця, і Шотландська правова комісія пропонує скасувати обов'язкові форми А та В, див. Дискусійний документ 168, с. 74–77. Пояснення вибору терміна *standard security* замість, наприклад, *mortgage*, див. у Дискусійному документі 168, с. 29–30.

³⁹ Див. Scottish Law Commission, *ibid.* p. 71 and Steven (вказана праця) с. 403.

⁴⁰ Див. von Bar (вказана праця) с. 661–662.

⁴¹ Ілюстративний приклад знаходимо у Petra Kurzbaue, Die Höchstbetragshypothek (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1999) p. 106, про австрійську 'Höchstbetragshypothek' сказано: '... jede Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip durch einen besonderen Grund zu rechtfertigen ist ...'

чення майбутніх вимог на невідому суму та вимог за заборгованостями, розмір яких коливається.

Французька *hypothèque rechargeable* може розглядатися як гібридне рішення, тобто тип іпотеки на максимальну суму, але з меншим відступом від принципу акцесорності. Наприклад, незрозуміло, чи можна зареєструвати максимальну суму, яка вища за початкову забезпечену вимогу⁴², також незрозуміло, чи дозволяє *hypothèque rechargeable* на практиці встановлення іпотеки до того, як буде встановлена забезпечена вимога, шляхом забезпечення вимоги в 1 євро⁴³. Як вказує слово “*rechargeable*”, основна ідея, схоже, полягала в тому, щоб дозволити повторне використання іпотеки, усуваючи, таким чином, акцесорність обсягу забезпеченої вимоги⁴⁴.

Що стосується іпотек на максимальну суму, які розвинулися з акцесорних іпотек у континентальних європейських правових системах, то акцесорність права власності часто зберігалася. Методи фінансування, які використовуються там, де потрібно уможливити передачу забезпечення особі, відмінній від кредитора, забезпеченої вимоги, є доволі новими або почали істотно поширюватися лише нещодавно. Тож, не дивно, що юрисдикції з сильним догматичним акцентом на принципі акцесорності можуть мати ту форму акцесорності, яка змушує кредитора забезпеченого зобов'язання все

⁴² Див. Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac and Philippe Pétel, *Droit des sûretés* (10th ed. Lexis Nexis 2015) p. 683, Aynès/Crocq/Aynès (вказана праця) p. 401, Michel Grimaldi, ‘L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire’, *La Semaine Juridique* 2006 p. 948 та Michel Dagot, *L’hypothèque rechargeable* (LexisNexis 2006) с. 24–34.

⁴³ Формально, існування забезпеченої вимоги є необхідним для встановлення *hypothèque rechargeable*, див. Енес/Крок/Енес (Aynès/Crocq/Aynès) (прим. 27) с. 400–401. Те саме питання можна поставити і щодо англійських іпотек для подальших траншів: чи можливо здійснити початковий транш на 1 фунт стерлінгів, таким чином установивши іпотеку та зробивши всі майбутні виплати «подальшими траншами», уникаючи тим самим проблеми правила *Hopkinson v Rolt*, описаного у Гуда/Гулліфер (Goode/Gullifer) (вказана праця) с. 188?

⁴⁴ *Hypothèque rechargeable* була впроваджена у французьке право реформою законодавства про забезпечувальні права у Цивільному кодексі у 2006 році. Вона не використовувалася дуже часто і була скасована *loi n° 2014-344 du 17 mars 2014*. Потім вона була швидко відновлена для «професійних боргів» через *loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014*, див. Енес/Крок/Енес (Aynès/Crocq/Aynès) (вказана праця) с. 402–403 з подальшими посиланнями. Огляд англійською мовою див. у Вінсента Сагаєрта (Vincent Sagaert), «Main developments in immovable securities in French and Belgian law. A transition from tradition to modernity», у виданні Гінтереггер/Боріч (Hinteregger/Borić) (вказана праця) с. 209–212. Нововведення щодо можливості «перезаряджання» (зберігати дію) забезпечення було використано і для *fiducie-sûreté*. Для *fiducie-sûreté* навіть дозволено зберігати дію забезпечення без огляду на початкову забезпечену суму, див. Енес/Крок/Енес (Aynès/Crocq/Aynès) (вказана праця) с. 482–483 та Кабрійяк/Мулі/Кабріійяк/Петель (Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel) (вказана праця) с. 648. На практиці *fiducie-sûreté* здається більш незалежною від забезпеченої вимоги, ніж як *hypothèque rechargeable*, так і традиційні континентальні європейські іпотеки на максимальну суму. Детальніше з цього приводу див. Фікс (Fix) (вказана праця) с. 115–149 та 320–321.

ще виступати іпотекодержателем⁴⁵. Навпаки, норвезький *skadeløsbrev* та шотландський *standard security* є прикладами іпотек на максимальну суму, де забезпечена вимога може утримуватися кимось іншим, аніж іпотекодержатель⁴⁶. Шотландське право ілюструє, як на основний підхід до цього питання впливає відправна точка правового аналізу. У багатьох країнах шукали б правову основу для винятків із загального принципу акцесорності⁴⁷. У шотландській судовій практиці у справі, в якій стверджувалося, що «особа, на користь якої надається **standard security**, також має бути кредитором за зобов'язанням, забезпеченим **standard security**», суд просто зазначив, що не може знайти такого правила в чинному законодавстві⁴⁸.

4. Якості сучасної іпотеки

Нижче я проаналізую, якими якостями повинна володіти сучасна іпотека. Вживаючи термін «сучасна», я вже наперед вкладаю в нього певний ступінь незалежності. Іпотеки, які не можуть бути зареєстровані та забезпечити пріоритет у реєстрі нерухомості до встановлення (укладення) забезпеченого кредиту, які не здатні забезпечувати майбутні вимоги, щодо надання фінансування, розмір яких не є визначеним, і які, в силу закону, припиняють існувати, якщо відсутнє забезпечене зобов'язання (вимога), є застарілими іпотеками. Переважно це вже пройдений етап у розвитку іпотечного права в більшості європейських країн⁴⁹.

Питання захисту боржника за забезпеченим зобов'язанням та іпотекодавця (власника предмета іпотеки), безумовно, є центральним. Однак це далеко не єдине важливе питання щодо базової конструкції забезпечувальних прав, оскільки також слід зважати на потреби сучасного фінансування. У кращому випадку ми можемо і мусимо знайти іпотечні конструкції, які забезпечують захист іпотекодержателів та іпотекодавців, а також потреби сучасних фінансових ринків.

⁴⁵ Це стосується, зокрема, французької *hypothèque rechargeable*, див. Даґот (Dagot) (вказана праця) с. 12–13, 39 (виноска 63) та 153, німецької *Höchstbetragshypothek*, див. Баур/Штюрнер (Baur/Stürner) (вказана праця) с. 555, та австрійської *Höchstbetragshypothek*, див. Курцбауер (Kurzbaauer) (вказана праця) с. 10. Це також, здається, стосується данського *skadeløsbrev*, див. Іверсен/Крістенсен/Мадсен (Iversen/Kristensen/Madsen) (прим. 30) с. 192, та, можливо (хоча неясно і спірно), шведського *pantbrev*, див. Ульфа Єнсена (Ulf Jensen), *Panträtt* (10-е вид. *Iustus* 2016) с. 65–66 та 68–69. Див. також обговорення нідерландської *bankhypotheek*, зокрема, стосовно справи Верховного суду *Balkema* (HR 16 September 1988, NJ 1989, 10), зокрема, Тіле (Thiele) (вказана праця) с. 64–66 та 89–91, М. Г. ван 'т Вестейде (M. G. van 't Westeinde), «De overgangsprikelen van een bankhypotheek (I)», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (WPNR) 1999, с. 689–693 та П. Брауна (P. Brown), «Bankhypotheek in gezamenlijk verband», *Ars Aequi* 1996, с. 407–415.

⁴⁶ Щодо Норвегії див. Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet* (Cappelen Akademisk 2010) pp. 376–383, щодо Шотландії, див. Scottish Law Commission, *Discussion Paper 168* (вказана праця) pp. 33–34, а також Steven (вказана праця) с. 406–410.

⁴⁷ Див. Kurzbaauer (вказана праця).

⁴⁸ [2016] SC EDIN 70, 2017 SLT (Sh Ct) 9, рішення суду згадано в доповіді Шотландської Законодавчої комісії (Scottish Law Commission), *Discussion Paper 168* (вказана праця) с. 34.

⁴⁹ Див. von Bar (вказана праця) с. 660–662.

4.1. Захист іпотекодавця від надмірної виплати

Переваги, які надають незалежні іпотеки, для деяких форм супроводжуються підвищеними ризиками для іпотекодавця. Поєднання додаткового боргового зобов'язання та права покладатися або на те, що зареєстровано в реєстрі нерухомості, або на те, що написано в переказному цінному папері (заставній), створює ризик зобов'язання сплатити більше, ніж розмір забезпеченого зобов'язання (кредиту).

Що стосується моделі земельного боргу (land debt model), то німецький Ґрундшульд (*Grundschild*) у тому вигляді, в якому він існував до Закону Німеччини про обмеження ризиків 2008 року (*Risikobegrenzungsgesetz*), може проілюструвати цю проблему. Ґрундшульд є незалежним речовим (*in rem*) папером, отже, може передаватися окремо від забезпеченого зобов'язання⁵⁰. Іпотекодавець у принципі міг протиставляти набувачу Ґрундшульда заперечення щодо змісту договору про забезпечення⁵¹. Однак, оскільки це заперечення було договірним зобов'язальним обмеженням Ґрундшульда (повністю незалежної вимоги щодо обтяженої ним земельної ділянки), то якщо покупець фактично не знав про наявне договірне заперечення, він набував Ґрундшульд у повній сумі, зареєстрований у земельному реєстрі⁵².

Тотожний ризик надмірної виплати існує для іпотек, оформлених як заставні або інші переказні документи (negotiable documents). Прикладом може слугувати такий специфічний іпотечний документ, як норвезький *pantobligasjon*. Цей документ є переказним документом із (фіктивною) декларацією про заборгованість та описом обтяженого майна (предмета іпотеки). Іпотекодавець у принципі може протиставити заперечення, що випливають із договору про забезпечення, набувачу іпотеки, але добросовісний набувач може набути документ вільним від таких заперечень, відповідно до написаного в документі тексту⁵³.

Інколи стверджується, що ці ризики не є важливими при пошуках ідеальної моделі іпотеки, оскільки існують способи, за допомогою яких іпотекодавець може захистити себе від ризику подвійної виплати. Стосовно німецького Ґрундшульда зазначалося, що іпотекодавець та іпотекодержатель могли домовитися про заборону передачі іпотеки, і це також можна було зареєструвати в земельному реєстрі⁵⁴. Іншим засобом захисту є реєстрація іпотекодавцем платежів частинами у земельному реєстрі або зазначення їх на іпотечному документі у випадку *letter-Grundschild* (документарного Ґрундшульда). У випадку норвезьких та швейцарських іпотечних

⁵⁰ Baur/Stürner (вказана праця) р. 591.

⁵¹ BGB § 1157.

⁵² BGB § 1157 останнє речення з BGB § 892 (1), див. Baur/Stürner (n. 23) pp. 590–593.

⁵³ Закон Норвегії про облігації 1939 року (*gjeldsbrevloven*) § 15. З цієї причини ця форма іпотеки більше не допускається, якщо іпотекодавець є споживачем, див. Закон про фінансові угоди 1999 року (*finansavtaleloven*) § 55. Оборотної також робить операції з цими документами ризикованими та дорогими; на додаток, іпотекодавець повинен пильнувати, щоб вони не потрапили до рук інших чужих осіб.

⁵⁴ Див. van Vliet (вказана праця) р. 295.

листів (mortgage letters) запис платежів частинами на іпотечному листі запобігав би будь-якому ризику подвійної виплати⁵⁵.

Однак ці техніки майже ніколи не використовуються на практиці й насправді не забезпечать пересічному споживачеві жодного захисту. По перше, більшість споживачів не знають про ризики, а по-друге, банки повністю контролюють умови кредитних договорів та договорів забезпечення. Що стосується реєстрації або внесення записів про часткові платежі до іпотечних листів, такі заходи перешкоджають гнучкості, для полегшення якої ці форми іпотек були створені, і вони можуть, наприклад, ускладнити рефінансування як для іпотекодавця, так і для іпотекодержателя⁵⁶. Це також спричинить підвищення рангу наступних іпотек із нижчим пріоритетом (просування їх у ланцюгу пріоритетів догори), так що іпотекодавець не зможе повторно використовувати раніше вільний «проміжок» у ланцюгові пріоритетів для нового кредиту (з кредитними умовами, що відповідатимуть кращому пріоритету)⁵⁷.

Описані вище переваги та ризики незалежних іпотек є наслідками їхньої особливої догматичної конструкції та правил, які дозволяють добросовісному набувачу покладатися або на зміст реєстру нерухомості, або на переказний іпотечний документ на кшталт заставної⁵⁸. Утім завдяки прагматичному підходу їх можна легко усунути.

Згаданий вище німецький Закон про обмеження ризиків 2008 року є яскравим прикладом. Реформа була викликана висвітленням у медіа продажів німецьких іпотек у формі Грундшюльда хедж-фондам перед фінансовою кризою, коли продаж фінансових інструментів, забезпечених іпотекою, ще процвітав. Це викликало побоювання, що звернення стягнення за цими іпотеками може бути зроблено на їхню повну суму, навіть якщо сума Грундшюльда не відповідала фактично отриманому кредиту⁵⁹. Щоб запобігти повторенню цього явища, німецький законодавець Законом про обмеження ризиків додав нове положення до Цивільного кодексу Німеччини (BGB). BGB § 1192 (1a) тепер встановлює, що заперечення, які виникають із догово-

⁵⁵ Щодо норвезького права див. Debentures Act 1939 ('gjeldsbrevloven') § 15 (5). Щодо швейцарського права див. Schmid/Hürlimann-Kaup (вказана праця) р. 557 та Otmar M. Stöcker, Die "Eurohypothek" (Dunker & Humblot 1992) р. 272.

⁵⁶ Stöcker, *ibid.* and van Vliet (вказана праця) р. 295.

⁵⁷ Більш детально автор повернеться до пояснення цього явища в пункті 4.5 нижче.

⁵⁸ Ризик необхідності сплатити більше, ніж заборгував, впливає зі структури подвійної вимоги, а не з незалежності самої іпотеки. Це цілком очевидно з наступного прикладу іпотек на максимальну суму, які явно не передбачають жодної можливості припинення заперечень боржника. Як показує німецька Hypothek (у звичайній формі Verkehrshypothek), ризик необхідності сплатити повну суму зареєстрованої вимоги, незалежно від фактичної суми заборгованості, може існувати також для акцесорних іпотек, якщо існує право покладатися на суму вимоги, зареєстрованої в земельному реєстрі. Див. Baur/Stürner (вказана праця), с. 458-459 та Johannes Köndgen та Otmar M. Stöcker, «Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage», Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 2005, с. 120.

⁵⁹ Див. Clemens Clemente, 'Neuerungen im Immobiliendarlehens- und Sicherungsrecht. Risikobegrenzungs-gesetz und andere Entwicklungen', Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR) 2008 pp. 589-591, Baur/Stürner (n. 23) p.595, Peter Bülow, 'Die Sicherungsgrundschuld als gesetzlicher Tatbestand', Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 1/2009 p. 1, and van Vliet (вказана праця) с. 293.

ру про забезпечення, повинні також поширюватися на наступних власників Грундшульда і поважатися ними, незалежно від того, чи діяли вони добросовісно, коли його набували. Отже, власник нерухомості в Німеччині, який надає забезпечення на своє майно у формі Грундшульда, тепер добре захищений від будь-якої форми надмірної виплати через добросовісне (*bona fide*) набуття іпотеки⁶⁰.

Для іпотечних конструкцій, заснованих на переказних документах, можна застосувати те саме рішення, не усуваючи повністю можливості полегшення передачі через передачу володіння іпотечними документами замість реєстрації. Документ все ще може легітимізувати (з речовим ефектом) володільця як належного іпотекодержателя, а передача самого документа може убезпечити правонабувача проти вимог і заперечень правонаступників відчужувача (насамперед кредиторів). З точки зору захисту прав споживачів, важливим при цьому є виключення можливості погашення заперечень іпотекодавця, що виникають із базового договору забезпечення⁶¹.

Пропонувалися й інші, більш обережні й обмежені рішення цієї проблеми. Одне з них — покласти на відчужувача іпотечного документа відповідальність за збитки, що, очевидно, не є задовільним рішенням. Оскільки ці проблеми виникають через зловмисну поведінку відчужувача (колишнього іпотекодержателя), звичайний позов про відшкодування збитків часто не приносить великої користі. Відчужувач, що передав іпотечний документ, на момент пред'явлення позову часто-густо вже або неплатоспроможний, або взагалі зник. Кращим рішенням є обмеження кола можливих іпотекодержателів банками під державним наглядом регулятора у поєднанні з суворою відповідальністю за будь-яку форму погашення заперечень боржника при передачі (відступленні прав за іпотеками) банками⁶². Обмеження, що встановлюються для іпотекодержателів, має поєднуватися з обмеженнями, що

⁶⁰ Див. Baur/Stürner (вказана праця) с. 584 і Ян Вільгельм, Sachenrecht (5-е видання De Gruyter 2016) стор. 842–844. Це рішення також застосовано для нової угорської незалежної іпотеки, див. Balázs Bodzási, «Reregulated Non-accessory lien in the Hungarian Civil Code», in Zoltán Csehi (ed.), Magyar kereskedelmi jogi évkönyv (Ungarisches Jahrbuch für Handelsrecht), band IV (2017) pp. 29–34. Таке ж рішення було запропоновано для євроіпотеки робочою групою Eurohypothec, див. Drewicz-Tułodziecka (вказана праця), розділ B II 5.4 та 5.6 (с. 18). Див. також Stöcker, The Eurohypothec – Accessoryness as legal dogma? (вказана праця) С. 48–52. Німецький законодавець утримувався від більш повної реформи забезпечувальних прав у цивільному кодексі, у результаті чого німецька акцесорна іпотека (Hypothek) тепер є набагато ризикованішою, ніж незалежне базове забезпечення (Grundsschuld). Див. критику у Baur/Stürner (вказана праця), с. 595.

⁶¹ Під час рефінансування може бути перевагою, якщо будь-які заперечення, що виникають із попередніх кредитних відносин, можуть бути усунені шляхом новації, щоб новий кредитор міг би безпечно використовувати наявну іпотеку. Важливим юридичним моментом є те, що заперечення боржника не можуть бути усунені без його участі.

⁶² Див. Hans Wolfsteiner та Otmar M. Stöcker, 'Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa', Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 1998 p. 265 (доступно англійською: A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe, Notarius International 2003 pp. 116–124), Stöcker, Die "Eurohypothek" (вказана праця) p. 271, Wehrens, Reflections on a Euro-Mortgage (вказана праця) с. 778 та Katrin Schmidbauer, Nationale und internationale Aspekte der Kredithypothek (Munich 2012) с. 218.

забороняють цим іпотекодержателям передавати іпотеки іншим компаніям, окрім тих, які прийняті як «початкові» іпотекодержателі⁶³. За такого регулювання споживач був би відносно добре захищений від ризику подвійної виплати⁶⁴. Втім це рішення може спричинити проблеми для іпотечного рефінансування, оскільки більшість спеціальних суб'єктів, які утримують іпотеки, з метою випуску забезпечених облігацій (covered bonds) або цілей сек'юритизації, не є фінансовими установами під державним наглядом.

Здається, немає вагомих причин надавати перевагу більш обмеженим рішенням проблеми захисту прав споживачів у цій сфері. При реформуванні іпотечного законодавства або запровадженні нових іпотечних конструкцій, які потенційно можуть домінувати на ринку, явною перевагою було б, якби ці нові конструкції були також доступні кожному, хто бажає укласти договір іпотечного кредиту, оскільки з часом саме на цьому типі іпотеки зосереджуватимуться юристи, суди та правова доктрина загалом. Є також підстави зазначити, що під час криз банки можуть становити значний ризик для споживачів навіть за найсуворішої регуляторної моделі, яка, проте, дозволяє добросовісне (*bona fide*) погашення заперечень боржника.

Крім того, як видається, не існує реальної потреби дозволяти можливість добросовісного набуття іпотеки вільною від заперечень боржника, що випливають із мети забезпечення та базової забезпеченої вимоги. Як показано в цьому огляді⁶⁵, лише кілька

⁶³ Угорська незалежна іпотека може встановлюватися та відступатися тільки фінансовими інституціями, див. Bodzási (вказана праця) pp. 16–17.

⁶⁴ Однак на нього все ще може лягти тягар необхідності порушувати судовий процес для захисту своїх прав.

⁶⁵ Ця карта є частиною проєкту «Круглий стіл – Забезпечувальні права на нерухоме майно», де експерти з іпотечного права з більшості європейських країн зустрічаються в Берліні у Verband deutscher Pfandbriefbanken та представляють огляд свого іпотечного законодавства, також з урахуванням загального права власності, правозастосування та неплатоспроможності. Огляд надається у формі карт, таких як показана тут. Детальний загальний опис проєкту можна знайти у книзі Тіма Лассена, Андреаса Лукова та Маріо Турнера (ред.), Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus (Берлін 2016), Schriftenreihe des VdP Band 54 (доступно онлайн за адресою https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/publikationen/vdp_schriftenreihe/vdp_Nr_54_Lassen_Luckow_Thurner_Grundpfandrechte_2016_EU.html), частини I та II. Перегляньте також домашню сторінку проєкту за адресою https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/agenda/think_tank/runder-tisch-grundpfandrechte.html. Карти були опубліковані з коментарями в Otmar M. Stöcker i Rolf Stürner: Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa, Band III, (3. erweiterte Auflage Berlin 2012), Schriftenreihe des VdP Band 50, (доступний на https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/publikationen/vdp_schriftenreihe/vdp_Nr_50_Stoecker_Stuerner_Grundpfandrechte_Europa_BandIII.html). Останнє доступне видання англійською мовою – Stöcker/Stürner: Гнучкість, безпека та ефективність забезпечувальних прав на нерухоме майно в Європі, том III (2-ге перероблене та розширене видання, Берлін, 2010), Schriftenreihe des VdP Band 44 (доступно за адресою https://www.pfandbrief.de/site/en/vdp/publications/vdp_schriftenreihe/vdp_No_44_Security_Rights.html). Кола поза картою «JP», «CA» та «NY» означають Японію, Канаду/штат Онтаріо та США/штат Нью-Йорк, відповідно. Карти відображають законодавство станом на 17 листопада 2020 року.

європейських країн дозволяють таке набуття: традиційні європейські іпотеки, що забезпечують максимальну суму вимоги за забезпеченим зобов'язанням, не дозволяють погашення заперечень боржника, оскільки вони прямо передбачають забезпечення вимоги лише до певної максимальної суми кредиту, і, таким чином, не створюють навіть враження забезпечення певного кредиту в його повній сумі, незалежно від її остаточного розміру⁶⁶.

II. Public Disclosure Requirements and Protection of Trust

30.) Can the owner of the immovable property object that no secured claim is due in a question with someone who acquires a security right over the property in good faith?

☒ 2 Yes (owner protected)

☐ 1 No (secured creditor protected)



© 2019 - Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e.V.

Схоже, що це не створило значних проблем для банків у багатьох країнах, де існують такі іпотечні конструкції. У Норвегії, де *pantobligasjon* дозволяє погашення заперечень боржника, іпотека на максимальну суму (*skadesløsbrev*) майже виключно використовується банками. Через ризики для боржника *pantobligasjon* заборонено законом, якщо боржник є споживачем⁶⁷. Крім того, нові, повністю електронні іпотеки, які банки можуть самі реєструвати безпосередньо в земельному реєстрі, мають форму *skadesløsbrev*. Переваги наявності однієї форми іпотеки для споживачів та корпоративних клієнтів і можливості прямої реєстрації іпотеки явно розглядаються як важливіші, ніж можливість добросовісного набуття прав за іпотекою, вільного від заперечень боржника.

Врешті, важко знайти вагомі аргументи на користь іпотечних конструкцій, які дозволяють добросовісному набувачу прав за іпотекою погасити заперечення боржника проти іпотекодержателя-набувача, що виникають із базового договору, і концентруються на тому, що саме (яке саме основне зобов'язання) має бути забезпечено.

Європейські юрисдикції, не представлені в проєкті: Білорусь, Молдова, Албанія, Чорногорія, Північна Македонія, Кіпр, Ісландія, Північна Ірландія, Косово, Мальта, Ліхтенштейн, Сан-Марино, Монако та Ватикан.

⁶⁶ Див., напр. Kurzbauer (вказана праця) р. 14.

⁶⁷ Financial Agreements Act 1999 ('finansavtaleloven') § 55.

Якщо існує можливість *bona fide* припинення заперечень боржника, то важливим питанням є те, що саме потрібно вчинити, аби набувач прав за іпотекою втратив добросовісність. У німецькому законодавстві до прийняття Закону про обмеження ризику 2008 року містилася суперечність, щодо того, чи було достатньо для запобігання припиненню заперечень боржника, щоб покупець знав про мету забезпечення. Переважаючою позицією, яку також підтримав Верховний суд Німеччини, було те, що цього було недостатньо для запобігання припиненню заперечень: новий іпотекодержатель (набувач прав за іпотекою) мав знати про фактичне заперечення боржника, що виникає з угоди про забезпечення⁶⁸. Цілком обґрунтовано поставити під сумнів правомірність захисту набувача (нового іпотекодержателя), який навіть не намагається з'ясувати, яка сума основного зобов'язання фактично забезпечена⁶⁹. На мою думку, підхід, який застосував Верховний суд Швеції до тієї ж проблеми, забезпечує більш справедливий баланс між іпотекодавцем та новим іпотекодержателем (набувачем прав за іпотекою): шведська фінансова установа придбала портфель позик, і відчужувач гарантував, що сума, зазначена в переказних іпотечних паперах, відповідає фактичному розміру забезпечених непогашених позик. Верховний суд Швеції зазначив, що поширеною є практика здійснення розстрочок за такими позиками, що вони не зазначені в документі, і що фахівець у фінансовому секторі не може вважатися таким, що діяв добросовісно, якщо він не з'ясував, який насправді розмір боргів за позиками існував фактично⁷⁰.

4.2. Тягар доказування та звернення стягнення

Ще одним вагомим аспектом правового захисту іпотекодавця, особливо споживача-іпотекодавця, є питання розподілу тягара доказування. Це, знову ж таки, тісно пов'язано з питанням оперативного звернення стягнення, коли забезпечена вимога (основне зобов'язання) не погашається. Які можливості повинні мати іпотекодержателі для легкого та швидкого звернення стягнення на іпотеку, коли умови кредитного договору не дотримуються, і які заперечення дозволено висувати іпотекодавцю в процедурі стягнення?

Це є важливим чинником, що пояснює використання таких форм іпотек або документів, які самі по собі містять і визначають забезпечене зобов'язання (борг). Заява про заборгованість може переказати тягар доказування з іпотекодержателя на іпотекодавця, а також може бути необхідною передумовою для застосування спрощених процедур звернення стягнення на іпотеку.

⁶⁸ BGHZ 59, 1. Див. також Baur/Stürner (п. 23) pp. 592–593 з подальшими посиланнями у примітках 3–5.

⁶⁹ Щодо іншого підходу німецького права до 2008 року, який, принаймні, на мою думку, дає кращий результат *lex ferenda*, див. Wilhelm (вказана праця), с. 844–849. Див. також критичні коментарі у Köndgen/Stöcker (примітка 56), с. 119, зокрема виноски 38.

⁷⁰ NJA 2010 с. 467. Згадані позики не були забезпечені іпотекою, але в усіх скандинавських країнах питання добросовісності при використанні переказного документа було б однаковим незалежно від того, чи були позики забезпечені, чи ні. Для позик, забезпечених іпотекою, це чітко зазначено в норвезькому законодавстві у справі Marthinussen (вказана праця), с. 468.

Поширеною особливістю іпотек є те, що визначена у них сума забезпеченої вимоги дуже рідко відповідає тому, що фактично заборговано і забезпечено. Визначена сума іпотеки, незалежно від того, чи є вона явно зазначеною сумою максимального розміру забезпеченої вимоги, фіктивною вимогою або земельним боргом, часто на практиці встановлюється вищою, ніж фактично отриманий забезпечений кредит. Причинами цього можуть бути можливе подальше збільшення кредиту або забезпечення відсотків та можливих витрат на стягнення. Навіть коли сума базується на фактично отриманій заборгованості за забезпеченим кредитом, як у випадку французької *hypothèque rechargeable* (поновлюваної іпотеки), перший платіж із погашення кредиту, за яким погашення відбувається за графіком частинами, призведе до розбіжності між розміром залишку кредитної заборгованості та сумою розміру вимоги, зазначеної в іпотеці. З огляду на це важко виправдати обов'язковість визначення і зазначення певного розміру забезпеченої вимоги як підстави для перекладення тягаря доказування або як такої, що створює інші переваги іпотекодержателя щодо здійснення стягнення предмета іпотеки. Такі сумнівні переваги, навпаки, слід розглядати як ознаку недосконалої іпотечного законодавства про звернення стягнення.

Як показано в європейському огляді, бентежною є кількість країн, які покладають тягар доказування на іпотекодавця:

IV. Enforcement

4.) When disputed between the parties, who has to prove that the secured debt has /has not come into existence and /or is due? (no change of the holder of the security)

- 4** Always the owner
- 3** For the originally secured claim only the owner (but different with a security agreement covering unspecified future claims)
- 2** In principle the secured creditor, but if bank documents are presented, their effect as proof is presumed.
- 1** Always the secured creditor



© 2019 - Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e.V.

Цей децю тривожний факт може мати багато різних правових пояснень. Результати також не відповідають класичним кордонам, що відмежовують юрисдикції з найбільш гнучкими, незалежними іпотеками Європи, та тими юрисдикціями, що плекають більш виразно свою акцесорну спадщину⁷¹. Проблема також може мати різне значення, оскільки тягар доказування може істотно розрізнятися в різних

⁷¹ Порівняйте, наприклад, з першою діаграмою в розділі 4.4 – можливість відокремлення вимоги від іпотеки.

правових системах. Крім того, розумно було би припустити, що більшість юрисдикцій вимагатимуть наявності й певного обсягу документації у кредитора, незалежно від того, на кого покладено тягар доказування.

На мою думку, тягар доказування, як правило, повинен лежати на професійному кредиторові. Це зазвичай сприятиме впровадженню належних та найкращих практик кредитування, і більшість професійних кредиторів не матимуть проблем із забезпеченням необхідного доказування обсягу та розміру наданого забезпеченого кредиту. Можна стверджувати, що покладення тягара доказування на кредитора може призвести до того, що позичальник не виявлятиме такої самої міри обачності щодо забезпечення документації самостійно. Однак, загалом, є підстави підозрювати, що більшість споживачів недостатньо обізнані з таких правил, отже, вони на них не впливають, і особливо це стосується тих, хто, швидше за все, опиниться в процедурі стягнення. На мою думку, використання іпотечних конструкцій, які технічно можуть призвести до перекладення тягара доказування, загалом не є рекомендованою практикою, хоча це питання, звичайно, можна легко і недвозначно врегулювати для тих форм іпотек, які покладаються, наприклад, на заяву іпотекодавця про заборгованість для встановлення максимальної суми, яку може забезпечити іпотека.

Що стосується процедур звернення стягнення, — це складніше питання. Чимало країн, як правило, дозволяють досить швидкі та спрощені процедури стягнення, за умови, що при виникненні заборгованості та забезпеченні її іпотекою було дотримано визначених законом процедур. У багатьох країнах пряма можливість примусового виконання досягається за допомогою нотаріуса, який відповідає за інформування іпотекодавця про пов'язані ризики.

На практиці іпотекодавці загалом не мають реальної можливості відмовитися від таких спрощених процедур стягнення, якщо вони хочуть отримати кредит. Було би явною перевагою суспільства загалом, а також для конкретної особи боржника-порушника, щоб процедури стягнення могли проводитися швидко та економічно ефективно у безспірних випадках. Тому законодавці повинні зосередитися на забезпеченні того, щоб позичальник був належним чином поінформований і щоб у таких процедурах також існував справедливий рівень захисту можливих заперечень боржника-іпотекодавця, незалежно від того, як побудована сама іпотека. Поганою ідеєю було би дозволяти швидкі та спрощені процедури стягнення виключно на підставі іпотеки, побудованої через заяву про заборгованість. І навпаки, якщо таке стягнення базується на інформованій згоді, і процедура стягнення збалансована щодо можливостей іпотекодавця висувати заперечення із договору, що містить забезпечене зобов'язання, наприклад, договору про іпотечний кредит, тоді менш важливим є те, якої саме форми набуває ця згода. Інформований підпис під заявою про заборгованість, звичайно, може слугувати цій меті, але це непотрібне ускладнення порівняно з простою інформованою згодою на саму спрощену процедуру стягнення.

4.3. Передача прав іпотеки та потреби сучасних фінансових ринків

Хоча в багатьох країнах іпотечне кредитування здійснюється фінансовими установами за рахунок заощаджень та депозитів клієнтів у поєднанні з позиками від національних банків, дедалі частіше іпотечні позики рефінансуються шляхом випуску забезпечених облігацій (*covered bonds*). У період, що передував фінансовій

кризі 2008–2009 років, також була поширеною сек'юритизація іпотечних портфелів у цінні папери, забезпечені іпотекою (*mortgage-backed securities*).

При здійсненні операції сек'юритизації іпотечний пул, включаючи як самі іпотеки, так і забезпечені ними вимоги за кредитами, передаються (відступаються) спеціальній установі, створеній для цієї конкретної мети, а потім цей іпотечний пул використовується як забезпечення для залучення інвестицій⁷². Для забезпечених облігацій може не знадобитися передавати право вимоги за іпотеками окремій установі. Однак у деяких юрисдикціях пул іпотек відокремлюється від інших активів банку шляхом його передачі установі, створеній спеціально для випуску забезпечених облігацій⁷³.

У розділі 4.1 я розглянув потребу в придбанні іпотеки, вільної від заперечень іпотекодавця, і дійшов висновку, що такої потреби не існує. Можна стверджувати, що якщо набуття іпотек та боргів вільними від заперечень неможливе, то ці методи фінансування будуть поставлені під загрозу. Однак маса цінних паперів зазвичай настільки велика, що «недоліки», які стосуються однієї або кількох іпотек, навряд чи можуть вплинути на вартість іпотечного пулу в цілому. Якщо додати сувору відповідальність для банку-передавача, який відступає свої права за іпотечним кредитом та іпотекою, за існування забезпеченої вимоги, згаданий ризик не становить фактичної загрози для забезпечених облігацій або цінних паперів, забезпечених іпотекою.

Проте використання переказних іпотечних документів все ж може бути проблематичним. Часто неможливо для первісного кредитора, який відступив свої права за позикою та іпотекою, зберегти право на отримання платежу, якщо документ фізично передано правонабувачу – новому кредитору та іпотекодержателю⁷⁴. Однією з можливостей для вирішення проблеми є створення реєстру, який би дозволяв

⁷² Сек'юритизація – це засіб, за допомогою якого наявні позики та кредити можуть бути упаковані в портфелі та продані інвесторам. Початковий кредитор все ще збирає боргові виплати від імені інвесторів (нових кредиторів), але тепер він має доступ до капіталу, який раніше був забезпечений позикою. Коли ці позики забезпечені іпотекою майна, таке забезпечення називається іпотечним забезпеченим цінним папером (MBS). Більше про сек'юритизацію див. у статті Ейліс Ферран «Сек'юритизація іпотеки: правові аспекти» (Eilís Ferran, Mortgage securitisation: legal aspects (Butterworths 1992)). Порівняльний огляд сек'юритизації в європейських країнах до фінансової кризи наведено у статтях Теодора Баумса та Е. Ваймера «Сек'юритизація, забезпечена активами, в Європі» (Theodor Baums and E. Wymeersch, Asset-backed Securitization in Europe (Kluwer Law International 1996)), та Насарре-Азнара «Сек'юритизація та іпотечні облігації: правові аспекти та гармонізація в Європі» (Nasarre-Aznar, Securitisation & mortgage bonds: Legal aspects and harmonization in Europe (n.14)). Див. також звіт Експертної групи ЄС з питань іпотечного фінансування (EU's Mortgage Funding Expert Group): http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/mfeg/final_report-en.pdf.

⁷³ Див. вище посилання 16.

⁷⁴ Це одна з причин, чому сек'юритизація не використовувалася норвезькими банками для іпотечного фінансування, див., зокрема, Каре Лілехольт та Серен Біг, Норвегія у Теодора Баумса та Е. Ваймера, Сек'юритизація, забезпечена активами, в Європі (Kåre Lilleholt, Søren Wiig, Norway in Theodor Baums and E. Wymeersch, Asset-backed Securitization in Europe (Kluwer Law International 1996)), с. 203–205.

передачу іпотек для мети сек'юритизації без фізичної передачі іпотечних документів⁷⁵. Загалом, той підхід, за якого передача фізичного документа є такою собі величезною перевагою, здається, суперечить тенденціям сучасного розвитку. У Великій Британії найважливішим аспектом Закону про реєстрацію землі 2002 року (*Land Registration Act 2002*) було створення основи для повністю електронної (безпаперової) системи встановлення та передачі прав на майно, внаслідок цього відступлення прав іпотекодержателя, опосередковане передачею іпотечного документа, абсолютно невідоме цій системі⁷⁶. У Швеції тягар управління величезною кількістю документів призвів до розробки спеціального реєстру іпотечних листів⁷⁷. У Данії та Швейцарії документи у письмовій паперовій формі *ejerpantebrev* (власницький іпотечний лист) та *Schuldbrief* (борговий лист) були замінені на «реєстраційні листи», тобто зареєстровані іпотеки (записи в реєстрі), які мали зберегти основні ознаки та функції попередніх паперових документів⁷⁸. У Норвегії повна електронна система реєстрації прав на нерухомість (*e-conveyancing*) вже діє, станом на сьогодні як добровільна та ефективна альтернатива використанню паперових документів⁷⁹.

Причина продовження використання іпотечних листів, де передача фізичного документа є належним актом для дійсної передачі з наслідками *erga omnes*, тісно пов'язана з високими зборами за реєстрацію у реєстрах нерухомості та відносно детальними і трудомісткими процедурами реєстрації (наприклад, нотаріальним посвідченням). У суспільстві, яке все більше відмовляється від використання паперових документів, триматися за передачу прав іпотекодержателя, засновану на володінні фізичним шматком паперу, є кроком назад. Це створює проблеми для сучасних методів іпотечного фінансування і є занадто дорогим та обтяжливим рішенням. Високу вартість реєстрації відступлення прав іпотеки слід, навпаки, вирішувати шляхом зменшення реєстраційних зборів. Наприклад, у Норвегії більшість іпотек може бути відступлена без реєстрації, включаючи *skadesløsbrev*, який не вимагає фізичної пе-

⁷⁵ Таке рішення існує у Швеції, див. Swedish Debentures Act 1936 ('Skuldebrevslagen', 1936:81) § 22.

⁷⁶ Див.: Гері Ватт. Євроіпотека та англійська іпотека. Маастрихтський журнал європейського та порівняльного права. 2006. № 2. С. 178 (Gary Watt, 'The Eurohypothec and the English Mortgage', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* No 2 2006 p. 178), та Звіт Юридичної комісії № 271 (вказана праця), пункт 2.41 (Law Commission No 271 (вказана праця), para 2.41.). Огляд планів щодо впровадження електронної реєстрації прав на нерухомість (electronic conveyancing,) її наслідків та поточного обережного, поступового впровадження див. у Брідж/Кук/Діксон (вказана праця), с. 249–255 (Bridge/Cooke/Dixon).

⁷⁷ Jensen. Вказана праця. с. 69–72.

⁷⁸ Щодо Данії див. Мортенсен (вказана праця), с. 53–65, а щодо Швейцарії – Шмід/Хюрліманн-Кауп (вказана праця), с. 547–551 та Цобль (вказана праця), с. 217–218. Такі «трансформації» з фізичних паперових документів на електронні реєстрові документи (насправді електронний запис у реєстрі) можуть легко призвести до неочікуваних труднощів, прикладами яких є швейцарські та норвезькі проблеми з передачею іпотек, розглянуті нижче в розділі 4.5.

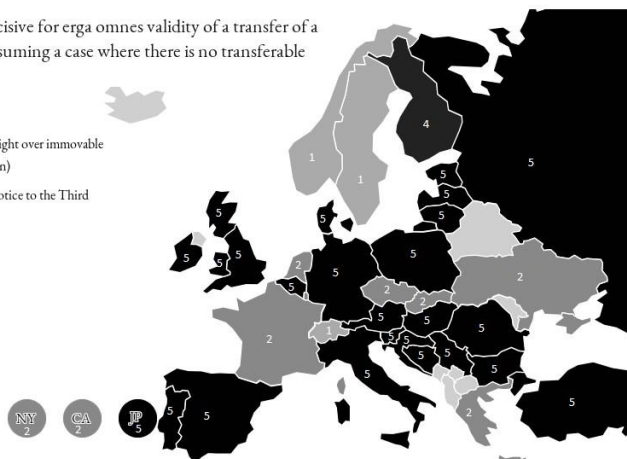
⁷⁹ Thor Falkanger, Aage Thor Falkanger, Tingsrett (8th ed. Universitetsforlaget 2018) с. 647–650.

редачі паперу, а збір за реєстрацію відступлення прав іпотекодержателя був значно зменшений для сприяння конкуренції на банківському ринку. У Швеції існує окремий реєстр для електронних іпотечних листів, який функціонує на основі покриття витрат. Зважаючи на кількість європейських країн, які не вимагають реєстрації передачі іпотеки новому іпотекодержателю, найкращим рішенням може бути просто відмовитися від ідеї, що передача іпотек повинна підлягати реєстрації:

II. Public Disclosure Requirements and Protection of Trust

22.) Is registration in the Land Registry decisive for erga omnes validity of a transfer of a security right over immovable property (assuming a case where there is no transferable certificate)?

- 5 Yes
- 4 Generally, but not in particular cases (e.g. security right over immovable property is used for covered bonds or a securitization)
- 3 Lodging of the document at the Land Registry or notice to the Third Party are decisive.
- 2 No
- 1 Transferable certificate



© 2019 - Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e.V.

4.4. Утримання іпотеки агентом із забезпечення або єдиним кредитором, наприклад, для цілей синдикування (консорціумного кредитування)

Спадщина акцесорності особливо очевидна щодо вирішення питання про можливість відокремлення особи кредитора за забезпеченим зобов'язанням від особи іпотекодержателя. У багатьох європейських країнах кредитор за забезпеченим зобов'язанням в силу закону також є іпотекодержателем:

III. Effects of Accessoriness

3.) Must the creditor of the secured loan by operation of law always be the holder of the security (accessoriness of competence)?

- 2 No
- 1 Yes



© 2019 - Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e.V.

Це може спричинити проблеми при наданні синдигованих кредитів, особливо якщо синдикування відбуватиметься вже після первісного укладення кредитного договору одним кредитором та забезпечення його іпотекою на його користь як єдиного іпотекодержателя. Однією з моделей є створення агента із забезпечення (*security agent*), який утримує іпотеку від імені кредиторів (або як довірчий управитель прав кредиторів). Агент із забезпечення може бути структурований так, що ризик його неплатоспроможності є мінімальним, як правило, коли агент із забезпечення є юридичною особою спеціального призначення (SPV), і де кредитори в синдикаті несуть солідарну відповідальність за будь-які борги цієї юридичної особи. Дозволяючи спеціальній юридичній особі посісти роль відокремленого від кредиторів іпотекодержателя, можна уникнути складних структур паралельного боргу (*parallel debt-structure*) та встановити більш захищену позицію для кредиторів⁸⁰.

Потреба утримувати забезпечення від імені (інших) кредиторів може виникнути й в інших ситуаціях. Наприклад, один банк може бажати забезпечити кредит, наданий іншим банком, не відмовляючись від контролю над іпотекою. Іншим практичним прикладом може бути ситуація, коли один банк хоче відступити права вимоги за кредитним договором та іпотекою іншому банку, зберігаючи при цьому право забезпечувати можливі подальші вимоги, які можуть виникнути пізніше за встановленою іпотекою, що передається⁸¹. Як ми бачили, це також може бути вигідно, коли іпотеки передаються спеціальній юридичній особі для забезпечених облігацій, щоб іпотека могла продовжувати забезпечувати вимоги, які належать банку, що відступає права (первісному кредиту)⁸².

Якщо забезпечення вимог інших осіб, ніж іпотекодержатель, не дозволяється правопорядком, це також може спричинити проблеми для встановлених механізмів приватного права, пов'язаних із переходом прав, що здійснюються без волевиявлення кредитора (в силу закону). Якщо за іпотекою забезпечено кілька вимог, і третя сторона обирає або змушена виконати одну з цих вимог, більшість європейських країн мають правило про суброгацію (*cessio legis*). Поручитель або платник-інтервент (третя особа) із достатньо обґрунтованим інтересом до сплати, зазвичай вступає в забезпечувальні права, які мав первісний кредитор за відповідною виконаною поручителем або третьою особою вимогою⁸³. Якщо іпотекодержатель має додаткові вимоги, забезпечені за іпотекою, відмова допустити, що іпотека може забезпечувати вимоги інших кредиторів, може призвести до того, що третя сторона-платник втратить своє право суброгації, оскільки суброгація зазвичай не

⁸⁰ Stöcker/Stürner: Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa с. 128–129, та Stöcker/Stürner: Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe с. 101–102. Див. також Stöcker, Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen (вказана праця), а також для ілюстрації голандського права, дивл. Thiele (вказана праця) pp. 58–107. Щодо певних викликів у праві Франції, див. Aynès/Crocq/Aynès (вказана праця) pp. 476–479.

⁸¹ Див. Stöcker/Stürner: Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe. с. 99–100.

⁸² Див. розділи 2 та 4.3 вище.

⁸³ Див. Draft Common Frame of Reference (DCFR) ст. III 4:107 (2) та III 2:107 (2).

дозволяється, якщо вона зашкоджує первісному кредитору та первісному іпотеко- (заставо-) держателю. Це буде особливо несприятливим для поручителів і може призвести до небажаних відмов у наданні порук або здійсненні погашення боргу завдяки платежам третіх осіб, які в іншому випадку мали б місце на користь забезпеченого кредитора⁸⁴.

Може бути складно передбачити всі ситуації, які можуть виникнути і які можуть вимагати тримання прав іпотекодержателя від імені кредиторів. Поточний приклад із Норвегії може слугувати ілюстрацією: Норвегія нещодавно запровадила повну систему електронної реєстрації прав на нерухомість (*e-conveyancing system*), що дозволяє банкам реєструвати іпотеки безпосередньо в реєстрі нерухомості. Під час цього процесу було вирішено внести зміни до Закону про реєстрацію нерухомості 1935 року (*Land Registration Act 1935*) так, що передача «електронних іпотек» мала бути внесена в реєстр нерухомості, щоб створювати юридичні наслідки для третіх осіб⁸⁵. Це одразу ж спричинило проблеми для норвезьких забезпечених облігацій, оскільки іпотеки відповідно до норвезького законодавства повинні передаватися спеціальній юридичній особі, щоб слугувати достатньою підставою для випуску забезпечених облігацій. Пули кредитів та іпотек, щодо яких випускають облігації, постійно змінюються, часто деякі кредити, забезпечені цими іпотеками, є частиною пулу покриття (*cover pool*), тоді як інші кредити, забезпечені тією ж іпотекою, утримуються самим банком. Одним із запропонованих рішень була спільна власність на іпотеку (співіпотекодержательство) між банком та спеціальною юридичною особою, це викликало деякі питання щодо режиму спільної власності у разі неплатоспроможності банку. Іншими варіантом рішення було би дозволити спеціальній юридичній особі бути іпотекодержателем, одночасно давши можливість таким іпотекам забезпечувати інші кредити банку — первісного іпотекодержателя, що здійснив відступлення своїх прав спеціальній особі, стосовно вимог за кредитами, пов'язаними з відповідними іпотеками.

Схожа проблема виникла у Швейцарії зі зміною паперового *Schuldbrief* (боргового листа) на реєстраційний *Schuldbrief* (*запис в електронному реєстрі*). Оригінальний паперовий документ регулювався правилами про переказні папери і міг бути переданий шляхом вручення новому власнику. Передача реєстраційного *Schuldbrief* має бути зареєстрована, що спричиняє значні витрати та інші обтяження для швейцарської банківської практики. Ця проблема була вирішена шляхом реєстрації третьої сторони (спеціальної юридичної особи) як власника всіх швейцарських реєстраційних *Schuldbrief*. Ця юридична особа, своєю чергою, виступає тримачем реєстраційних *Schuldbrief*, що перебувають у довірчому управлінні, встановленому на користь фінансових установ-кредиторів⁸⁶.

⁸⁴ Приміром, дискусія щодо цього питання в праві Австрії наводиться у *Höchstbetragshypothek in Kurzbauer* (вказана праця) pp. 171–204.

⁸⁵ Чинний *Land Registration Act 1935* ('tinglysingsloven') § 22 (1).

⁸⁶ Розлогий опис цієї проблеми наводиться у *Zobl* (вказана праця).

Одним із можливих аргументів проти послаблення зв'язку між іпотекою та забезпеченим кредитом у цьому контексті є те, що таке рішення може сприяти шахрайській поведінці. У ситуації, коли іпотекодавець неплатоспроможний, можна передбачити фrawdаторні угоди між іпотекодержателем та незабезпеченими кредиторами, як реальними, так і фіктивними, про те, що їхні вимоги будуть забезпечені. Доки закон ґрунтується на основному положенні, що нові вимоги, незалежно від того, хто їх утримує, можуть бути забезпечені лише за згодою іпотекодавця, цей ризик, як видається, залишається доволі керованим.

Англійські правила приєднання (*tacking*) дають гарну ілюстрацію балансу, якого потрібно дотримуватися при зважуванні інтересів іпотекодержателя проти інтересів іпотекодавця та інших потенційних зацікавлених сторін. Англійські іпотеки (*mortgages*) за своєю природою є в основному акцесорними⁸⁷. Вони не дозволяють загальнозахищеному праву використовувати іпотеку в межах, встановлених при створенні, незалежно від речових прав із нижчим рангом пріоритету. Натомість англійське право передбачає «приєднання майбутніх траншів» (*tacking of future advances*), це означає, що вимоги за певними майбутніми траншами (авансами) можуть мати такий самий пріоритет, як і пріоритет вимог, забезпечених іпотекою, отриманий при її первісному встановленні⁸⁸. Відповідно до Розділу 49 Закону про реєстрацію нерухомості, право на приєднання подальшого авансу, який має пріоритет над наступним обтяженням, застосовується лише до особи, що володіє «zareєстрованим обтяженням» (*the proprietor of a registered charge*). У випадку синдікованих позик іпотекодержателем часто буде агент із забезпечення, який діє як довірчий управитель для кредиторів у синдикаті (консорціумному кредиті). У цьому випадку англійські правила приєднання не дозволяють іншим кредиторам у синдикаті забезпечити пріоритет для майбутніх траншів. Тому Комісія з питань права (*Law Commission*) запропонувала внести зміни до правил приєднання, щоб «бенефіціару за прямо вираженим трастом zareєстрованого обтяження» або «кредиторам, яким належить забезпечене обтяженням зобов'язання» також було дозволено приєднувати майбутні транші (аванси)⁸⁹. У випадку більш незалежних іпотек суди можуть бути змушені суворо тлумачити угоди про забезпечення «всіх поточних та майбутніх вимог між іпотекодавцем та іпотекодержателем», щоб іпотекодержатель не міг самостійно

⁸⁷ Kircher (вказана праця) с. 339–340 та с. 86, von Bar (вказана праця), с. 639, та Peter Sparkes, *European Land Law* (Hart Publishing 2007) с. 398–400. Див. також Astrid Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion* (Mohr Siebeck 1996) с. 599 та с. 578–579 щодо американської іпотеки (*mortgage*).

⁸⁸ Спрощене пояснення концепції приєднання *concept of tacking*, наводиться у Gray/Gray (вказана праця), с. 812–813. Більш розлогий опис, поєднаний з історичним екскурсом, див. Bridge/Cooke/Dixon (вказана праця), с. 1141–1145. Я повернуся до цієї концепції, *concept of tacking*, у розділі 4.5.

⁸⁹ Див. Law Commission, *Consultation Paper No 227*, с. 394–396. Це також може слугувати ще одним прикладом труднощів, передбачуваних нами, спричинених проблемою акцесорності іпотеки.

набувати незабезпечених вимог, а потім мати право забезпечувати їх своєю наявною іпотекою⁹⁰.

З огляду на іпотечне законодавство, здається, немає вагомих причин дозволяти догматичним ідеям про акцесорність забезпечення щодо основної вимоги, яку воно забезпечує, стояти на заваді практичним потребам фінансових ринків. Отже, належна конструкція іпотеки також має дозволяти забезпечення вимог, які не належать іпотекодержателю⁹¹. Як видно з цього європейського огляду, більшість країн, які стикаються з ускладненнями у синдикованому кредитуванні, — це країни, які не дозволяють своїм іпотекам забезпечувати інших кредиторів, окрім іпотекодержателя:

VI. Utilization in Practice

15.) If the security right over immovable property has been registered for one creditor, is it later possible in an efficient way to syndicate the loan with all creditors/syndication partners secured under the security right over immovable property directly?

☒ Yes
☐ No



© 2019 - Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e.V.

4.5. Питання пріоритету — захист кредиторів та захист пріоритету іпотекодавця

Акцесорні іпотеки зменшуються в розмірі пропорційно до зменшення забезпеченої вимоги. Як наслідок, платіж іпотекодавця за забезпеченою позикою звільняє його майно на еквівалентну частину вартості предмета іпотеки. Згодом іпотекодавець зможе використовувати звільнену від обтяження «частину» вартості свого майна як забезпечення для нового кредиту. Тож, акцесорна іпотека полегшує заміну старих забезпечених позик та іпотек на нові, а також захищає від надмірного обсягу забезпечення (*over-collateralisation*).

⁹⁰ Як ілюстрація див. дискусію в роботі Ross G. Anderson, 'Assignations of All Sums Securities' in Frankie McCarthy, James Chalmers and Stephen Bogle (ed.), *Essays in Conveyancing and Property Law in Honour of Professor Robert Rennie* (Open Book Publishers 2016), с. 73–95 (доступна онлайн <https://books.openedition.org/obp/2077>).

⁹¹ Для повного розгляду питань, викладених у розділі 4.4, включаючи сценарії транскордонного фінансування та приклади з банківської практики, див. Stöcker, *Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen* (вказана праця), а також Stöcker, *The Eurohypothes* (вказана праця), де наводиться огляд англійською мовою.

Ключовим питанням, що стосується незалежних іпотек, є забезпечення можливості для іпотекодавця використовувати вільну спроможність (*free capacity*) в межах наявних іпотек, тобто коли іпотека не заповнена до її максимальної суми, іпотекодавець може запропонувати «вільний простір» у межах забезпечувального права іншому потенційному кредитору та іпотекодержателю. Якщо цього не відбудеться, виникає ризик виникнення в первісного існуючого іпотекодержателя певного роду монополії на майбутнє кредитування іпотекодавця⁹². Як я згадував, було розроблено багато різних методів для подолання цього виклику для європейських незалежних іпотек.

Можливість власника використовувати своє майно максимально ефективно, і тим самим стимулювати конкуренцію між банками, є перевагою⁹³. Є підстави вважати, що якщо власник предмета іпотеки сам може використовувати або розпоряджатися вільними частинами вартості предмета іпотеки, це, як правило, буде зроблено в найбільш ефективний спосіб. Потім іпотекодавець може або отримати більше кредиту від наявного першочергового іпотекодержателя, або перекредитуватися на кращих умовах від конкуруючого банку, який надає нову іпотеку, що охоплює вільну частину, або він може домовитися про кращі умови кредиту з власником нижчерангової іпотеки в обмін на надання йому кращого пріоритету, або шляхом відступлення, або просто розпорядження вільною частиною вартості заставного майна.

Наступний приклад ілюструє як перевагу незалежних іпотек, так і те, чому власник другочергової іпотеки з нижчим пріоритетом, можливо, не повинен мати можливості зробити першочергову іпотеку з вищим пріоритетом акцесорною, отримавши вільні частини вартості заздалегідь за угодою. Ось цей приклад: Джон Сміт хоче придбати Золотоносну Ділянку. Її ціна становить 1 мільйон євро. Йому надає позику типовий «іпотечний банк», який надає позики лише до 80 % вартості майна. Він має 100 000 євро власних коштів і позичає решту 100 000 за досить високою відсотковою ставкою, забезпеченою другочерговою іпотекою з нижчим пріоритетом. Оскільки фінанси пана Сміта цим придбанням виявляються у досить «напруженому» становищі, він обирає фіксовану відсоткову ставку за дорогою другою позику на меншу суму. Через кілька років, після погашення 100 000 євро за основною позику першого пріоритету та 50 000 євро за позику другого пріоритету, пану Сміту потрібно 20 000 євро, щоб полатити дах від протікання. Якщо він має право повторно використовувати вільні частини іпотеки, він може перекредитуватися, тобто отримати новий кредит, забезпечений у межах 80 % вартості майна, і, таким чином, отримати кращі умови для кредиту. Якщо другочергова іпотека піднялася в пріоритеті (або як наслідок акцесорності, або угоди про перехід будь-яких майбутніх вільних частин вартості предмета іпотеки до іпотекодержателя із наступною чергою обтяження), пан Сміт зможе запропонувати лише досить низький (найнижчий) пріоритет для нового кредиту.

⁹² Goode/Gullifer (вказана праця) с. 189, які вказують на цю проблему, що була спричинена імплементацією шведської іпотечної моделі до англійського права. Див. також дискусію щодо цього у звіті Law Commission, Consultation Paper No 227 (вказана праця) с. 400–403.

⁹³ Див., серед інших, Drewicz-Tułodziecka. Part B.I. 'Objectives of the paper', с. 11–12.

Можна сказати, якщо би пан Сміт добровільно відмовився від свого права, тоді він просто отримав би те, про що домовлявся. Однак є підстави підозрювати, що кредитор, який утримує другочергову іпотеку, не надав багато чого взамін за право піднятися в пріоритеті. Більшість банків мають великий портфель забезпечених кредитів, і статистично має бути можливим розрахувати ризики та переваги права на просування вгору у пріоритеті (*right of advancement*).

Проте у багатьох країнах забезпечений кредит банків досить суворо регулюється і тісно пов'язаний із вартістю заставного майна на момент встановлення іпотеки. Слід також зазначити, що у разі дефолту ризик того, що за вищою за рангом іпотекою буде погашено менше кредитної заборгованості, є великим. Як наслідок, пересічному споживачеві може бути важко спромогтися на отримання повної вартості за покращення позиції банку щодо забезпечення позики. Насправді є підстави підозрювати, що другочерговий іпотекодержатель із нижчим пріоритетом досягне кращої забезпеченої позиції, ніж він фактично «набув» і заслужив завдяки умовам наданої ним позики.

Ці економічні переваги для позичальника були однією з головних причин, згідно з підготовчим звітом Грімальді (*Grimaldi report*), для французької реформи 2006 року, яка запровадила нові іпотечні конструкції: *hypothèque rechargeable* та *prêt viager hypothécaire*. Згідно зі звітом, відсутність можливостей використання збільшення вартості майна для отримання нового кредиту були визнані шкідливими для французької економіки⁹⁴. Однак огляд чинного європейського законодавства показує, що це сфера, в якій ще багато чого потрібно зробити: (див. рис. на с. 35).

Для країн, які дозволяють повторне використання вільного обсягу вартості предмета іпотеки, цей ефект досягається у різні способи. Для німецького *Grundschild* іпотекодавець має право вимагати передання невикористаної частини *Grundschild* назад йому (*Rückgewähranspruch*). Однак найпоширенішим підходом у Німеччині є встановлення другого *Grundschild* з пріоритетом після наявного і потім передача *Rückgewähranspruch* новому іпотекодержателю⁹⁵. У Данії та Швеції новому іпотекодержателю надається застава (*pledge*) на іпотечний документ, що не тільки дає йому право на папір, а й вважається таким, що надає іпотекодержателю право

⁹⁴ Див. Grimaldi, с. 947–951. Пор. також Філіп Сімлер і Філіп Делебек: Philippe Simler and Philippe Delebecque. Les sûretés. La publicité foncière (7-ме видання Dalloz, 2016) с. 400. Ймовірно, існував широкий спектр чинників, які призвели до відсутності використання *hypothèque rechargeable*, див., наприклад, Rolf Stürner, «Das deutsche Immobiliarsachenrecht und die Funktion des deutschen Notariats im Spiegel der Rechtsvergleichung», Deutsche Notar-Zeitschrift (DNöZ) 2017 р. 931–933. Однак тут особливо доречний один недолік: *hypothèque rechargeable* дозволяла іпотекодавцю отримати новий кредит від інших кредиторів, ніж початковий кредитор і заставодержатель, див. Aynès/Crocq/Aynès, с. 40. Оскільки *hypothèque rechargeable* потрібно було узгодити між іпотекодавцем та іпотекодержателем, а також чітко зазначити це в початковому іпотечному договорі, є підстави підозрювати, що банки не дуже охоче використовували цю форму іпотеки, враховуючи ризик того, що іпотекодавець міг легко отримати кредит від конкурентів. Принаймні це було занепокоєнням, висловленим у французькій юридичній літературі на початку існування іпотекодавця, див., наприклад, Aynès/Crocq/Aynès, 2-ге видання (2006), с. 286.

⁹⁵ Див. Baur/Stürner (вказана праця), с. 617–618.

III. Effects of Accessoriness

18.) If a part of the immovable security right is no longer required to secure the underlying debt, is the ranking of this part (the Free Part/Equity) available to postponed or new creditors? Or is the owner entitled to enjoy the Equity?

- 6 The Free Part becomes a security right or part of a security right over immovable property under disposition of the owner.
- 5 The owner has a right that the Free Part/Equity is transferred to him.
- 4 The owner is not entitled to the Free Part/Equity, but it is available to third parties/creditors.
- 3 The owner has a right only for the amount covered by the security right to be reduced.
- 2 The ranking of postponed creditors moves up into the position of the Free Part/Equity.
- 1 The immovable security right is not subject to rules on the value of the security.



© 2019 - Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e.V.

на іпотечне майно тією мірою, якою є вільна частина вартості предмета іпотеки в межах максимальної суми іпотеки. Ця вторинна іпотека з нижчим пріоритетом несе право на підвищення у ранзі пріоритетів (*right of advancement*), оскільки застава вважається акцесорною як у Данії, так і у Швеції⁹⁶.

У Данії іншим варіантом є так званий «іпотечний лист із проривом» (*break-in mortgage letter*). Ця конструкція схожа на німецьку конструкцію передання іпотеки назад іпотекодержателю (фактичне використання *Rückgewähranspruch*)⁹⁷. Коли позика, забезпечена данським іпотечним листом, погашається, невикористана частина іпотеки вважається такою, що належить власнику предмета іпотеки («іпотека власника» — *owner's mortgage*), і він може «прорватися» в наявний іпотечний лист новою іпотекою на невикористану суму⁹⁸. У Норвегії іпотекодавець має право вимагати, щоб іпотекодержатель зробив запис про зменшення максимальної суми забезпеченого іпотекою зобов'язання в реєстрі нерухомості до фактично заборгованої суми, і тим самим іпотекодавець може запропонувати цей простір у ланцюгу пріоритетів новому іпотекодержателю⁹⁹. Норвезький та данський методи «іпотеки з проривом» не надають нового права на підвищення у ранзі пріоритетів (*right of advancement*) у міру подальшого погашення кращої за рангом іпотеки. Щодо швейцарського *Schuldbrief*, то вільна частина іпотеки має бути відокремлена шляхом формального розділення іпотеки, а потім передана назад іпотекодавцю¹⁰⁰.

⁹⁶ Щодо данського права див. Iversen/Kristensen/Madsen стор. 333–334, щодо шведського права див. Jensen, с. 149.

⁹⁷ Через право іпотечних кредиторів нижчого рангу на скасування іпотеки власника (*Eigentümergrundschuld*), так званий *Löschungsanspruch* (BGB § 1179a), це не є практичним рішенням у німецькому праві, див. Baur/Stürner с. 615–619.

⁹⁸ Див. Iversen/Kristensen/Madsen, pp. 334–337.

⁹⁹ Marthinussen, с. 298–299.

¹⁰⁰ Rupp, с. 338.

Як показує попередня карта, Британія має особливе рішення, яке спричинило проблеми у цій сфері. Загалом, в Англії, Шотландії та Ірландії немає вимоги щодо визначення максимальної суми забезпеченої вимоги для іпотеки. Іпотека є забезпеченням боргу з основного зобов'язання, щодо якого вона створена, і якщо іпотека створена для забезпечення вимог за майбутніми авансами (траншами), такі майбутні аванси можуть бути забезпечені без обмежень максимального розміру завдяки механізму «приєднання» (tacking)¹⁰¹. Щоб запобігти отриманню першочерговим іпотекодержателем монополії на забезпечене кредитування іпотекодавця, повідомлення про вчинення наступної іпотеки з нижчим пріоритетом обтяження припиняє право первісного іпотекодержателя на подальше приєднання¹⁰². В ірландському праві повідомлення, надане первісному іпотекодержателю про створену наступну іпотеку з нижчим пріоритетом, повністю припиняє право первісного іпотекодержателя на приєднання до забезпеченого зобов'язання вимог щодо майбутніх траншів (авансів), навіть якщо кредитор має зобов'язання надавати більше кредитних коштів, що на практиці, щоправда, звільняє його від цього зобов'язання¹⁰³. Шотландське право дозволяє приєднання майбутніх авансів після повідомлення про наступну (другу) іпотеку, якщо це відбувається відповідно до зобов'язання зробити це, тоді як англійське право вимагає, щоб таке зобов'язання було внесено до земельного реєстру, щоб кваліфікуватися достатнім для застосування принципу приєднання¹⁰⁴. Іншим винятком із правила, що повідомлення про наступну іпотеку з нижчим пріоритетом запобігає приєднанню, є згадане вище право, натхненне Швецією, відповідно до Розділу 49 (4) Англійського Закону про реєстрацію 2002 року, встановлювати максимальну суму для майбутніх траншів (авансів). Проблема тут, однак, полягає в тому, що англійський законодавець не включив жодних методів, що дозволяють іпотекодавцю розпоряджатися невикористаними частинами вартості предмета іпотеки, що на практиці надає іпотекодержателю міцну владу над фінансуванням іпотекодавця¹⁰⁵. Це гарний приклад обачності, якої

¹⁰¹ Див. вище посилання на цю концепцію у виносці 88.

¹⁰² Основою для цього правила є рішення Палати лордів у справі Хопкінсон проти Ролта (Hopkinson v Rolt 1861) 9 HL Cas 514, 11 E.R. 829. Це правило зараз закріплено в законі, див. розділ 49 (1) Закону про реєстрацію 2002 року (Land Registration Act 2002), розділ 13 (1) Закону про передачу права власності та феодалні реформи Шотландії 1970 року (the Scottish Conveyancing and Feudal Reform Act 1970) та розділ 75 (1) Закону про реєстрацію права власності Ірландії 1964 року (the Irish Registration of Title Act 1964).

¹⁰³ Див. J. C. W. Yliffe, *Irish Land Law* (5th ed. Bloomsbury 2013), с. 676–677.

¹⁰⁴ Щодо Шотландії див.: *Conveyancing and Feudal Reform (Scotland) Act 1970 Section 13 (1) (b)* та George L. Gretton and Kenneth G. C. Reid, *Conveyancing* (5th ed. W. Green 2018) с. 428–429; щодо Англії див. *Land Registration Act 2002 Section 49 (3)* та Bridge/Cooke/Dixon с. 1145. Однак не зовсім зрозуміло, якою мірою наступна іпотека з нижчим пріоритетом за англійським правом звільняє іпотекодержателя від його обов'язку надавати подальший кредит, див. Coleman, с. 432, та Goode/Gullifer, с. 189, виноска 98 зі с. 188, пункти 5–19.

¹⁰⁵ Див. Goode/Gullifer (вказана праця), с. 189.

потрібно дотримуватися при впровадженні іноземних моделей іпотеки. Широкий спектр різних моделей для проблеми приєднання подальших авансів (траншів), із вимогою максимальної суми та без неї, можна знайти в американському праві¹⁰⁶.

Очевидною загрозою для права повторного використання вільних частин вартості предмета іпотеки є те, що у своїх стандартних умовах ті іпотекодержателі, що приймають другочергові наступні іпотеки з нижчим пріоритетом, вимагають від іпотекодавця відмовитися від свого права повторного використання, таким чином, практично, унеможливаючи здійснення цього права. Якби це давало іпотекодавцю кращі умови кредитування, можна було б стверджувати, що це справедливо. Однак, хоча більшість банків мають великий портфель забезпечених кредитів і статистично має бути можливим розрахувати ризики та переваги права на просування (*right of advancement*), банки не можуть на момент встановлення забезпеченого кредиту бути впевненими, чи буде погашена позика, забезпечена іпотекою з вищим пріоритетом обтяження, і з якою швидкістю таке погашення відбудеться. Можна також зазначити, що у випадках дефолту існує більший ризик того, що позика, забезпечена вищою за пріоритетом іпотекою, буде погашена у меншому обсязі, ніж була би погашена інша іпотечна позика, забезпечення за якою не зазнавало наступного обтяження другочерговою іпотекою. Як наслідок, пересічному споживачеві може бути важко отримати повну вартість за покращення позиції банку щодо забезпечення позики, коли він відмовляється від свого права повторно використовувати вільний простір у вартості предмета іпотеки в іпотеках із вищим пріоритетом обтяження. Яскравою ілюстрацією цього є німецька практика реєстрації умови втрати іпотеки власника – *Löschungsvormerkung* (попереднє повідомлення про вилучення), яка стала такою поширеною, що врешті-решт була просто закріплена на законодавчому рівні у BGB і є законом¹⁰⁷.

Замість того, щоб просто підкоритися практиці, продиктованій нерівним становищем сторін, за німецькою моделлю, данський законодавець обрав протилежне рішення і заборонив угоди, згідно з якими іпотекодавець відмовляється від свого права повторно використовувати майбутній вільний простір у вартості предмета іпотеки, створений акцесорною іпотекою, що зменшується¹⁰⁸. Правило має кілька винятків, але це чітке визнання і закріплення цінності вільного простору вартості предмета іпотеки для іпотекодавця¹⁰⁹. На мою думку, цей вільний простір, або «іпотека власника» (*the owner's mortgage*), як його називають у багатьох правових системах, не має бути відчужуваною (трансферабельною), також не має бути можливості відмовитися від права розпоряджатися вартістю предмета іпотеки

¹⁰⁶ Див. Burke (вказана праця) с. 277–279 та Restatement of the law, Mortgages. с. 44–96.

¹⁰⁷ BGB § 1179a, див. також Baur/Stürner (вказана праця) с. 614. Така практика також відома і є загальнопоширеною у Швеції, див. Jensen (вказана праця) с. 132–133.

¹⁰⁸ Данський закон про реєстрацію – Danish Land Registration Act ('tinglysningsloven') § 40.

¹⁰⁹ Щодо подробиць див. Iversen/Kristensen/Madsen (цитована праця) с. 270–286.

в рамках цієї «іпотеки власника» до того, як вона («іпотека власника») фактично виникла¹¹⁰.

Якщо погодитися з тим, що іпотекодавець повинен мати право розпоряджатися вільними частинами вартості предмета іпотеки на свій розсуд, і навіть певною мірою захищати це право від відступлення без належної компенсації, можна навіть запитати, чи повинно це право бути доступним для стягнення незабезпеченими кредиторами? Я писав про це питання, заглиблюючись до цього дискурсу стосовно вільних частин вартості незалежних неакцесорних іпотек, у статті «Хто повинен отримувати вигоду від вільних частин неакцесорних іпотек — власники, кредитори чи правоволодільці з нижчим пріоритетом?»¹¹¹

4.6. Юридико-технічна простота

Ця стаття розпочалася з відомої цитати про неможливість досягнути англійську іпотеку завдяки «природному пізнанню». Надзвичайно складні іпотечні конструкції, ймовірно, були джерелом багатьох сивих волосин як серед зачісок науковців, так і на головах юристів-практиків. У Скандинавії протягом тривалого часу існувала жорстка критика складних структур іпотечних листів. Критика була особливо сильною в Данії, де також можна сказати, що, мабуть, ніхто ніколи достеменно і природно не зрозумів іпотечний лист власника (*ejerpantebrev*), де власник майна надає сам собі іпотеку на нього, для вимоги проти самого себе, яку він потім закладає як забезпечення для іншої (фактичної) вимоги¹¹². Ймовірно, не прислуговується в досягненні проблеми ще й те, що сьогодні данський іпотечний лист власника існує лише у цифровій формі, і що застава замінена зареєстрованим забезпечувальним правом на цей цифровий іпотечний лист¹¹³. У Норвегії законодавство про захист прав споживачів практично знищило іпотечний лист (*pantobligasjon*), але його спадщина все ще є досить безладною доктринальною картиною щодо того, як відступлення прав за

¹¹⁰ Аналогічно, Christof Kiesgen. «Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit» (Josef Eul Verlag 2004), с. 231–233. Термін «іпотека власника» (*owner's mortgage*), хоча й широко використовується, може бути дуже оманливим. Зазвичай він використовується для опису права власника іпотечного майна (іпотекодавця) на вільне місце в іпотечі, невикористаної іпотеки або просто системи реєстрації нерухомості без права просування («фіксований ранг пріоритету»). Дуже рідко термін «іпотека власника» насправді означає, що власник має фактичне право іпотеки на власне майно. von Bar (вказана праця), с. 640, доречно вводить термін *rangwahrender Eigentümerrechte* (права власників, що зберігають ранг обтяження). Єдина країна, яку я знайшов, яка фактично надає власнику право на отримання платежу під час примусового продажу іпотечного майна на основі «іпотеки власника», – це шведська *äghypotek*, див. Jensen (вказана праця), с. 127–133. Більше з цього питання див. von Bar, там само, с. 641, виноска 767, та Otto Soergel and Otmar M. Stöcker, 'EU enlargement in Eastern Europe and dogmatic property law questions – Causality, Accessoriness and Security Purpose', *Notarius International* 2002 с. 243.

¹¹¹ У публікації Lassen/Luckow/Thurner (вказана праця), с. 121–128.

¹¹² Див. до прикладу, Rammeskov Bang-Pedersen, 'Ejerpantebrevet – et aldrende instrument i afgiftsrespirator', *Ugeskrift for Retsvæsen* (UfR) 2005 В с. 321–324, а також Skovgaard, 'Skadesløsbreve utstedt til ihændehaver', *Ugeskrift for Retsvæsen* (UfR) 1978 В с. 197–214.

¹¹³ Див. Mortensen (вказана праця) с. 55.

іпотеками набувають захисту проти третіх осіб¹¹⁴. Швеція обрала наймудріший шлях і запровадила абсолютно нову систему для іпотек у 1972 році¹¹⁵.

У скандинавській юридичній практиці проблеми насамперед стосуються того, який набір правил застосовується до самого іпотечного права та фіктивної вимоги, яку несе іпотечне право¹¹⁶, що також є проблемою для німецького *Grundschild*. Досі немає консенсусу щодо чіткого розмежування між тим, коли іпотекодавець погашає забезпечену вимогу, і коли він сплачує за самим *Grundschild*¹¹⁷. Загалом, є підстави підозрювати, що це може бути проблемою для більшості іпотек із конструкцією подвійної вимоги¹¹⁸.

Німецький *Grundschild* також ілюструє інше важливе питання щодо юридико-технічної простоти: багато моделей незалежних іпотек розвивалися завдяки практиці кредитування протягом десятиліть або навіть століть. Німецький цивільний кодекс (BGB) майже не регулює *Grundschild*; його використання розвивалося понад століття, і правила, що його регулюють, не завжди можуть бути легко ідентифіковані. Це робить систему менш прозорою і може знизити правову визначеність у сфері, де це вважається особливо важливим.

Складні юридико-технічні конструкції особливо проблематичні у сфері «правових трансплантатів»¹¹⁹. Коли іпотеки експортуються в різні правові системи, юридико-технічна простота здається ключем до успіху. Принаймні є деякі докази того, що трансплантати складних іпотек зазнають невдачі, навіть якщо вони покликані усунути важливі недоліки чинного законодавства. Німецький *Grundschild* слугував натхненням для реформ у кількох країнах Східної Європи без особливого успіху.

¹¹⁴ Глибоко дискутується тут: Hans Fredrik Marthinussen, 'Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter', Jussens Venner 2011 с. 87–130.

¹¹⁵ Див. Jensen (вказана праця) с. 29–30. Однак система все ще не повністю позбавлена відлуння старих способів мислення, оскільки шведський іпотечний лист має бути наданий іпотекодержателю як забезпечення забезпеченої вимоги, хоча суть, очевидно, полягає в тому, щоб обтяжити саме майно, а не іпотечний лист. Шведська доктрина визнає, що застава листа «опосередковано» надає право іпотеки на відповідне майно. Для отримання додаткової інформації див. Jensen, там само, с. 50–72.

¹¹⁶ Див. Marthinussen (вказана праця) с. 445–479.

¹¹⁷ Baur/Stürner (вказана праця) с. 572 та сс. 586–588. Після прийняття Risikobegrenzungs-gesetz та його впровадження до BGB § 1192a, нині це більше теоретичне, ніж практичне питання.

¹¹⁸ Щодо проблеми, пов'язаної з питанням новачки для швейцарського Schuldbrief, особливо до нового регулювання у 2012 році. Див. Schmid/Hürlimann-Kaup (вказана праця), с. 572–573, Rupp (вказана праця), с. 342–345 та Wiegand (вказана праця), с. 95–96. Доктрина та судова практика також мали труднощі з датським ејерпантибев щодо цього, див. Marthinussen (вказана праця), с. 227–233 та 238–244 з додатковими посиланнями.

¹¹⁹ З часів публікації книги Алана Вотсона «Юридичні трансплантації: підхід до порівняльного права» (Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law (Scottish Academic Press 1974) точаться широкі дебати щодо юридичних трансплантатів. Я не намагаюся підсумувати дебати чи висловити будь-яку думку щодо того, чи є такі трансплантації доцільними. Я просто визнаю, що вони існують і що вони є одним із найпоширеніших методів у правових реформах.

І в Словенії, і в Угорщині його скасували, а в одній із адміністративних одиниць Боснії, яка його запровадила, Федерації Боснії та Герцеговини, він майже не використовується на практиці¹²⁰. Як правова фігура, він може здаватися занадто чужим і складним, щоб довіряти йому як іпотечному інструменту, таким чином, спонукаючи банки використовувати наявні та відомі структури, які принаймні забезпечують певний рівень правової визначеності, незважаючи на їхні недоліки. Нинішній європейський досвід імпорту німецького *Grundschild* має слугувати застереженням проти імпорту складних іпотечних структур при реформуванні іпотечного законодавства¹²¹.

5. Деякі прикінцеві зауваження щодо належної моделі іпотеки (good mortgage), іпотечних реформ, зокрема, можливої загальноєвропейської іпотеки

Обговорення в Розділі 4 висвітлює деякі ознаки, властиві належній сучасній іпотеці. Насамперед, належна сучасна іпотека повинна мати високий стандарт захисту прав споживачів. Чинне європейське іпотечне законодавство показує, що добре функціонуючий ринок іпотечного кредитування не вимагає можливості добросовісного (*bona fide*) набуття прав іпотеки, вільних від заперечень іпотекодавця. Крім того, тягар доказування має бути покладений на професійного кредитора, і технічні рішення щодо видачі документів не можуть змінювати цей основний баланс. Професійні кредитори (фінансові установи) повинні мати можливість легко забезпечити достатні докази забезпеченого боргу, і має бути загальновідомим, що сума забезпечених іпотекою вимог часто є вищою, ніж фактичний забезпечений борг. Ці основні рівні захисту прав споживачів мають бути важливими чинниками в будь-якій реформі іпотечного законодавства.

Водночас в інтересах як суспільства, так і сторін договорів іпотеки, є те, аби звернення стягнення було швидким і простим у звичайних, нескладних випадках. У багатьох юрисдикціях це потребує певної форми абстрактної заяви про заборгованість, або щоб іпотека сама по собі втілювала вимогу на певну визначену суму. Важливо зазначити, однак, що з погляду якості перспективного правового регулювання головним є те, що споживач отримує належну інформацію про наслідки дефолту та звернення стягнення, і має розумний спосіб висувати заперечення, що випливають із кредитного договору чи договору, що утворює забезпечення зобов'язань. При цьому просте використання абстрактних заяв про заборгованість або визначення максимального розміру забезпеченої іпотекою вимоги, зазначеної як фіктивна вимога певної форми, є, радше, ознакою недосконалого законодавства про звернення стягнення, аніж належної іпотеки.

¹²⁰ Див. Meliha Povlakić, 'Die Grundschild in Bosnien und Herzegowina', in Lassen/Luckow/Thurner (вказ.праця), с. 65. Див. також von Bar (вказана праця) с. 638, а також Norbert Csizmazia, 'Sicherungsrechte an Immobilien in Ungarn' in Hinteregger/Borić (вказана праця) с. 55–58.

¹²¹ Звичайно, складна структура не є єдиною причиною обмеженого успіху Grundschild як моделі для реформи іпотечного законодавства. Очевидно, що проблема полягає в тому, що Grundschild майже взагалі законодавчо не врегульовано Німецьким цивільним кодексом (BGB), проте на його шляху могли стояти також інші культурні та політичні причини. Це пояснює численні перестороги та підозри, яких зазнає німецький Grundschild, зустрічаючись з іншими правопорядками.

Основною частиною дискусії про загальноєвропейську іпотеку була потреба у більш гнучких іпотеках. Як я показав, гнучкість є важливою в низці ситуацій. Принципово, щоб іпотеки могли легко передаватися (відступатися), включаючи неускладнене відступлення іпотечних півів гуртом або у значних кількостях. Крім того, важливо, щоб іпотеки могли утримуватися кимось іншим, ніж кредитор(и) вимоги за забезпеченням зобов'язанням. Це суттєво для більш досконалого сучасного фінансування, такого як синдіковані (консорціумні) кредити, забезпечені облігації та цінні папери, забезпечені іпотекою, а також для рефінансування та можливості отримання додаткового кредиту, або просто для захисту права поручителя на суброгацію в забезпечення. Слід також зазначити, що гнучкі іпотеки зазвичай дозволяють виникати «вільним частинам» (або «власному капіталу») у межах верхньої межі максимального забезпеченого іпотекою розміру вимоги, оскільки борги погашаються, і ці вільні частини мають бути зарезервовані для іпотекодавця, щоб він міг використовувати їх у своїх інтересах.

Простота юридико-технічної конструкції іпотеки є особливо важливою при реформуванні іпотечного законодавства. Як показано, при запозиченні складної іпотечної моделі, такої як німецький *Grundschild*, здається, важко досягти успіху. Розвиток правового регулювання у Швейцарії, Данії та Норвегії, де документарні іпотеки були замінені на дивні гібридні правові форми електронних «диджиталізованих іпотечних листів», у спробі усунути фізичні папери, є чіткою ознакою того, що ці іпотеки зовсім не ідеально підходять як прийнятна модель для реформи.

Німецький *Grundschild* та швейцарський *Schuldbrief* домінували в академічній дискусії про можливу загальноєвропейську іпотеку, «євроіпотеку» або «*Eurohypothec*»¹²². Інтерес Єврокомісії до такої іпотеки, схоже, різко урвався з Білою книгою про інтеграцію ринків іпотечного кредитування ЄС у 2007 році¹²³ та подальшою фінансовою кризою, і така іпотека не здається здатною до втілення у найближчому майбутньому¹²⁴. Однак дискусія все ще може пролити світло на те,

¹²² Див. Claudio Segré et. al., *The Development of a European Capital Market*, Report of a Group of experts appointed by the EEC Commission (Brussels 1966), Wolfsteiner/Stöcker (вказ.праця) с. 265, Schmidbauer (вказана праця) с. 219 and Drewicz-Tułodziecka (вказана праця) р. 13, які роблять вибір на користь *Grundschild*, а також Hans G. Wehrens, 'Der Schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschild, ein rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek', *Österreichische Notarzeitung (ÖNotZ)* 1988 с. 181–191 від імені UINL, Stöcker, *Die "Eurohypothek"* (вказана праця) с. 278–284 та Kiesgen (вказана праця) pp. 76–77, які обирають *Schuldbrief*. За винятком Кізгена, підтримка використання *Schuldbrief*, здається, зникла в новітній літературі. Як Штекер, так і Веренс відійшли від *Schuldbrief* у пізніших публікаціях, див. Stöcker, *The Eurohypothec* (вказана праця) та Wehrens, *Reflections on a Euro-Mortgage* (вказана праця). Ширший підхід застосовує Серджіо Насарре-Аснар, Sergio Nasarre-Aznar, 'The need for the integration of the mortgage market in Europe' in van Erp/Salomons/Akkermans (вказана праця) с. 95, який, зокрема, вказує на шведську іпотеку як досить просту незалежну модель іпотеки.

¹²³ COM(2007) 807 final.

¹²⁴ Для огляду роботи над пан'європейською іпотекою в ЄС див. Sjef van Erp «Security interests: A secure start for the development of European property law», у Hinteregger/Borić (вказана праця).

як проводити іпотечні реформи, так само, як обговорення *Eurohypothes* сприяло багатьом іпотечним реформам у Європі¹²⁵.

Передусім слід зазначити, що несправжня дихотомія між акцесорними та незалежними іпотеками почала переважати в дебатах. У Європі майже не залишилися повністю акцесорних іпотек, і навряд чи існують іпотеки, які є настільки повністю незалежними, що можна звернути стягнення за ними, якщо іпотекодержатель не може ідентифікувати забезпечену вимогу¹²⁶. Існує чимало варіантів, крім *Grundschild* та *Schuldbrief*, які значно легше пристосувати до багатьох європейських правових традицій, зокрема іпотеки на максимальну суму забезпеченої вимоги, які існують у всіх європейських правових сім'ях¹²⁷.

Кілька авторів застерігали від іпотечних реформ, які ігнорують основний принцип акцесорності. Спаркес (*Sparkes*) заходить так далеко, що описує незалежну європейську іпотеку як «суїцидальну»¹²⁸. Більш збалансовану критику незалежних іпотек, засновану на ідеї, що іпотечні реформи, особливо на загальноєвропейському рівні, мають брати за відправну точку спільний європейський принцип акцесорності, висунули, серед інших, Габерсак (*Habersack*), Вахтер (*Wachter*) та Рупп (*Rupp*)¹²⁹. Проблема, однак, полягає в тому, що акцесорність є суттю проблеми, яку прагнуть вирішити більшість іпотечних реформ; вона нині сприймається як перешкода важливим фінансовим потребам, як показано, зокрема, у розділах 4.4 та 4.5. Запропоноване згаданими авторами рішення, спрямоване на те, аби врахувати необхідність використання акцесорності як відправної точки, і водночас забезпечити

праця), с. 3–14, і Tatjana Josipović, «Die Eurohypotheke» in Jürgen Basedow, Oliver Remien and Manfred Wenckstern (ed.), *Europäisches Kreditsicherungsrecht* (Mohr Siebeck 2009) стор. 108–120.

¹²⁵ Див., напр., Wolfsteiner/Stöcker (вказана праця) с. 264–270, Wehrens, *Reflections on a Euro-Mortgage* (вказана праця) с. 781–782 та Stöcker, *Die Eurohypotheke II* (вказана праця) с. 95.

¹²⁶ Це видно з ілюстрацій в Stöcker/Stürner: Гнучкість, безпека та ефективність забезпечувальних прав на нерухоме майно в Європі (вказана праця), с. 52, де жодна країна не дозволяє примусового виконання незалежно від забезпеченої вимоги. Див. також коментар до діаграми на с. 50–51 та Josipović (вказана праця), с. 88.

¹²⁷ У родині загального права (*common law*) впроваджено лише в обмежений спосіб, як-от запозичення шведської моделі іпотеки в англійському праві та багато американських аналогічних іпотек на майбутні аванси до встановленої суми, у змішаній правовій системі Шотландії – стандартне забезпечення, у германській та романській правових сім'ях як іпотеки максимальної суми, що походять від акцесорних іпотек різними способами (див. von Bar (вказана праця), с. 661, виноска 868), та по всій скандинавській правовій сім'ї в дещо різних формах: *skadesløsbrev* у Норвегії та Данії, *pantbrev* у Швеції та Фінляндії (Поділ на ці правові сім'ї взятий з книги Конрада Цвайгєрта та Хайна Кьотца «Вступ до порівняльного права» (Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to comparative law* (3rd ed., Oxford 1998, English translation by Tony Weir), с. 63–73). Ми також маємо більш незалежні (тобто без зв'язків з акцесорними іпотеками) континентально-європейські іпотеки максимальної суми в Естонії та Угорщині.

¹²⁸ Sparkes (вказана праця) с. 401.

¹²⁹ Habersack (вказана праця), Wachter (вказана праця) с. 61–64 та Rupp (вказана праця) с. 588–589.

необхідну гнучкість для фінансового сектору, — це ніщо інше, як вже наявна європейська континентальна іпотека на максимальну суму вимоги за забезпеченням зобов'язанням (*Höchstbetragshypothek*). Інакше кажучи, це просто означає вибір моделі, яка є дещо більш акцесорною, а отже, такої, що не відповідає деяким важливим критеріям якостей належних сучасних іпотек.

Як було продемонстровано, реальна потреба в акцесорності існує у зв'язку зі зверненням стягнення. Неможливо звернути стягнення на іпотеку, якщо немає забезпеченої вимоги, термін сплати якої настав. Оскільки це спільна ознака всіх іпотек, розглянутих у цій статті, це завдання має легко вирішуватися і бути досяжним. Головною метою має бути досягнення цього також при передачі іпотек (відступленні прав за ними), що, здається, найлегше у випадку іпотек, які явно є забезпеченням на максимальну суму, не надаючи при цьому жодної додаткової інформації про те, які вимоги нині забезпечені. Німецький Закон про обмеження ризиків та доволі чітке угорське законодавче регулювання, яке просто стверджує, що договір забезпечення також пов'язує наступних набувачів іпотеки, показують, що цієї мети доволі легко досягти для більшості іпотечних конструкцій, якщо застосовується прагматичний підхід¹³⁰.

Доки неможливо звернути стягнення на іпотеку незалежно від забезпеченої вимоги, одним із найважливіших факторів є зробити іпотеку повністю незалежною в усіх інших сферах¹³¹. Якщо реформа ґрунтується на класичних європейських іпотеках на максимальну суму, що може бути найкращим з погляду юридичної простоти, важливо чітко врегулювати незалежність іпотеки у всіх формах, оскільки ці іпотеки часто мають тенденцію нести з собою значну міру акцесорності. Те, що багато іпотек на максимальну суму не можуть утримуватися кимось іншим, ніж кредитор вимоги за забезпеченням зобов'язанням, є одним із прикладів наслідків акцесорності¹³². Однак можуть існувати навіть сильніші зв'язки з акцесорними іпотеками, як це має місце для австрійської іпотеки на максимальну суму, яка встановлює чіткі обмеження можливості забезпечення невизначеної маси майбутніх вимог між іпотекодавцем та іпотекодержателем¹³³. Скептицизм щодо використання іпотек на максимальну суму

¹³⁰ Див. Stöcker, *Die Eurohypothek II* (вказана праця) с. 94. Незалежну іпотеку детально регулює Цивільний кодекс Угорщини, ст. 5:100. Опис нової угорської незалежної іпотеки можна знайти в Bodzási (вказана праця), с. 11–47 (також доступний німецькою мовою «Das neu geregelte nicht akzessorische Pfandrecht im ungarischen Zivilgesetzbuch», с. 120–163).

¹³¹ Kircher (вказана праця) с. 560–561 та Stöcker, *Die Eurohypothek II* (вказана праця) с. 94.

¹³² Як приклад того, як типовий континентально-європейський догматичний підхід до акцесорності іпотеки може обмежувати практично обґрунтоване розмежування позицій іпотекодавця та кредитора, див. Rupp (вказана праця), с. 517 та 557–559. Див. також Héctor Simón-Moreno, 'The Eurohypothec', *European Property Law Journal*, 2012, с. 201–202, стосовно іспанської hipoteca de máximo. Огляд проблем, які ці наслідки акцесорності можуть спричинити для іпотек з максимальною сумою, див. в обговоренні австрійської Höchstbetragshypothek у Kurzbauer (вказана праця), с. 171–204.

¹³³ Див. Schmidbauer (вказана праця), с. 31–32. Загалом, особливість полягає в тому, щоб вимоги можна було ідентифікувати за допомогою об'єктивних критеріїв на момент створення іпотеки. Докладне обговорення австрійських іпотек на максимальну суму для «поточного та майбутнього кредиту» можна знайти у Kurzbauer (вказана праця), с. 93–124. Існують

як моделей для євроіпотеки або іпотечних реформ, можливо, є частиною пояснення цих слідів акцесорності, якими обтяжені багато юрисдикцій¹³⁴. Знову ж таки, нове угорське регулювання, яке просто констатує незалежний характер іпотеки, може слугувати прикладом належної практики¹³⁵. За мету має ставитися досягнення такого догматичного підходу, який є аналогічним прийнятому у шотландській судовій практиці (рішення суду, згадане в розділі 3с), який просто не визнає акцесорність тією відправною точкою, яка вимагала би надання конкретних правових підстав для відступу від неї.

Ключова увага в іпотечній реформі має бути зосереджена на просуванні належних характеристик іпотеки при використанні відомих механізмів у відповідній правовій культурі. Ці характеристики можливо врегулювати для широкого спектру іпотечних конструкцій. Просте зазначення того, що іпотеки є незалежними від вимоги в усіх інших обставинах, окрім звернення стягнення, зазвичай, значно сприятиме досягненню якостей належної іпотеки. Це також цілком можливо для права іпотеки, яке має назву *hypothec*, такого як незалежна естонська *hüpoteek*¹³⁶. Більш детальний опис простої моделі незалежної іпотеки можна знайти в Основних рекомендаціях для *Eurohypothec*, яка є «неакцесорним обтяженням нерухомості», вільним від юридично-догматичних кульбтів¹³⁷.

Потрібно звернути увагу на розмежування законодавства про іпотеку та суміжних правових інститутів. Регулювання звернення стягнення, участь нотаріусів та реєстрація нерухомості часто значно впливають на іпотеку, але їх слід розглядати як об'єкти реформи самі по собі, як показують приклади обговорюваних тут питань звернення стягнення та тягара доказування¹³⁸. Спроба вирішити ці питання

також подібні, якщо не такі суворі, обмеження до іспанської *hipoteca de máximo*, див. Simón-Moreno (вказана праця) с. 200–201. Щодо французької та бельгійської *hypothèque pour toutes sommes* див. Sagaert, Main developments in immovable securities in French and Belgian law. A transition from tradition to modernity (вказана праця) с. 207–208, та більш загально Rupp (вказана праця) с. 66.

¹³⁴ Див. серед інших, Stöcker, Die Eurohypothek II (вказана праця) с. 14.

¹³⁵ Див. вище виноска 130.

¹³⁶ Короткий огляд естонської *hypothec* максимальної суми можна знайти в Rein Tiivel, «Über das estnische Grundpfandrecht im internationalen Rechtsvergleich» у Lassen/Luckow/Thurner (вказана праця) с. 79–84. Більш докладний опис надається в Rein Tiivel, «Länderbericht Estland» in Otmär M. Stöcker (ed.) *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, (Berlin 2006), Schriftenreihe des VdP Band 23 (доступний онлайн за адресою https://www.pfandbrief.de/site/dam/jcr:ba469533-08fe-4839-be44-13e0393e1e41/vdp_Nr_23_Stoecker_Flexibilitaet_I.pdf) с. 117–155.

¹³⁷ Див. Drewicz-Tułodziecka (вказана праця) с. 11–22.

¹³⁸ Для ілюстрації явного випадку плутанини дивіться пропозицію Eurohypothec від UINL у Wehrens, Der Schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld, ein rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek (вказана праця) с. 191, яка вказує на швейцарську систему фіксованого рангу пріоритету як на перевагу Schuldbrief порівняно з Grundschuld. Швейцарська система фіксованого рангу в земельному реєстрі явно не буде автоматично слідувати за Schuldbrief у нові юрисдикції як властивість самої іпотеки.

через іпотечне законодавство є одним із чинників, що, як правило, призводять до надзвичайно ускладнених іпотечних структур¹³⁹.

Створення абсолютно нових іпотечних моделей може здатися таким, що передбачає відмову від наявних, адже фінансові установи, можливо, надають перевагу старим і надійним рішенням, а не новим і гнучким. Комплексні реформи у Швеції та Шотландії у 1970-х роках привели до міцного становлення нових форм іпотек, і нова незалежна іпотека, запроваджена в Естонії після здобуття країною незалежності, також була успішною. З іншого боку, запровадження нових альтернативних варіантів, таких як французька *hypothèque rechargeable*, натхнення Швецією іпотека на максимальну суму в Англії, та іпотеки, натхненні *Grundschuld* в Угорщині, Словенії та Боснії, значною мірою не змогло справити реального впливу.

Це також може слугувати застереженням для тих, хто занадто оптимістично налаштований щодо того, чого може досягти пан'європейська іпотека. Здається досить імовірним, що більшість банків продовжать стару практику кредитування, замість того, щоб обирати новий, невідомий їм, європейський інструмент. У короткостроковій перспективі пан'європейська іпотека, швидше за все, не призведе до того, що німецькі споживачі зможуть купувати будинки для відпочинку у Франції, використовуючи італійський банк, який позичає гроші, забезпечені євроіпотекою на відповідне майно¹⁴⁰. Однак загальна пан'європейська іпотека може бути використана для великомасштабного фінансування комерційної нерухомості. Якщо вона буде добре розроблена, то дозволить банкам надавати позики під забезпечення численної комерційної нерухомості в багатьох європейських країнах і може навіть сприяти портфельним операціям, таким як забезпечені облігації з багатонаціональним пулом покриття¹⁴¹. Із фактичним використанням із плином часу ми зможемо побачити навіть, що банки почнуть комфортно використовувати таку іпотеку у своїй щоденній кредитній діяльності. Доволі системно-нейтральна загальна євроіпотека, яку можна було би використовувати незалежно від системи реєстрації нерухомості та національних правил щодо участі нотаріусів, може, потенційно, відкрити подальші можливості для європейського фінансового ринку.

¹³⁹ Однак для пан'європейської іпотеки такі правила потрібно враховувати, оскільки реформування правил щодо виконання, реєстрації та нотаріальних процедур для всього ЄС, найімовірніше, стане нездоланим викликом.

¹⁴⁰ Див. Stöcker, Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen (вказана праця) с. 1941–1942, von Bar/Drobnig (вказана праця) pp. 360–363 та Sparkes (вказана праця) pp. 382–383.

¹⁴¹ Див. Stöcker, The Eurohypothec (вказана праця), Stöcker, Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen (вказана праця), Stöcker, Die Eurohypothek II (вказана праця) с. 79–80 та 86–87, а також Nasarre- Aznar, The need for the integration of the mortgage market in Europe (вказана праця).

REFERENCES

- [2016] SC EDIN 70, 2017 SLT (Sh Ct) 9, described in Scottish Law Commission, *Discussion Paper 168* (n. 10, p. 34). [in English]
- American Law Institute. (1997). *Restatement of the law (third), property – mortgages* (pp. 44–96). American Law Institute Publishers. [in English]
- Anderson, R. G. (2016). *Assignations of all sums securities*. In F. McCarthy, J. Chalmers, & S. Bogle (Eds.), *Essays in Conveyancing and Property Law in Honour of Professor Robert Rennie* (pp. 73–95). Open Book Publishers. <https://books.openedition.org/obp/2077> [in English]
- Aynès, L., Crocq, P., & Aynès, A. (2019). *Droit des sûretés* [Law of Security Rights] (13th ed., pp. 472–488). LGDJ. [in French]
- Baums, T., & Wymeersch, E. (1996). *Asset-backed securitization in Europe*. Kluwer Law International. [in German]
- Baur, F., & Stürmer, R. (2009). *Sachenrecht* [Property Law] (18th ed., pp. 555, 590–593, 591, 450–451, 455–457). C.H. Beck. [in German]
- Baur, F., Baur, J. F., & Stürmer, R. (2009). *Sachenrecht* [Property Law] (18th ed., pp. 450–451, 455–457). C.H. Beck. [in German]
- Becker-Eberhard, E. (1993). *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte* [The Claim-Dependence of Security Rights] (pp. 329–332). Gieseking. [in German]
- BGB § 1157; § 892(1). *Bürgerliches Gesetzbuch* [German Civil Code]. [in German]
- BGHZ 59, 1 (German Federal Supreme Court). (*Bundesgerichtshof – Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* [Federal Court of Justice Decisions in Civil Matters]). [in English]
- Bodzási, B. (2017). *Reregulated non-accessory lien in the Hungarian Civil Code*. In Z. Csehi (Ed.), *Magyar kereskedelmi jogi évkönyv* [Hungarian Commercial Law Yearbook], Band IV, pp. 29–34. *Ungarisches Jahrbuch für Handelsrecht* [in English]
- Bodzási, Z. (n.d.). *Das neu geregelte nicht akzessorische Pfandrecht im ungarischen Zivilgesetzbuch* [The Newly Regulated Non-Accessory Pledge Right in the Hungarian Civil Code] (pp. 120–163). (Also available in German.) [in German]
- Bridge, M., Cooke, E., & Dixon, M. (n.d.). *Electronic conveyancing: Plans, implications, and gradual introduction*. [in English]
- Bridge, S., Cooke, E., & Dixon, M. (2019). *Megarry & Wade: The law of real property* (9th ed., pp. 1032–1034). Sweet & Maxwell. [in English]
- Brown, P. (1996). *Bankhypotheek in gezamenlijk verband* [Bank Mortgage in Joint Connection]. *Ars Aequi*, 407–415. [Dutch]
- Bülow, P. (2009). *Die Sicherungsgrundschuld als gesetzlicher Tatbestand* [The Security Land Charge as a Statutory Legal Concept]. *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 1, 1. [in German]
- Burke, B. (2014). *Real estate transactions* (6th ed., pp. 239–243). Wolters Kluwer. [in English]
- Cabrillac, M., Mouly, C., Cabrillac, S., & Pétel, P. (2015). *Droit des sûretés* [Law of Security Rights] (10th ed., p. 683). Lexis Nexis. [in French]
- Clemens, C. (2008). *Neuerungen im Immobiliendarlehens- und Sicherungsrecht* [Innovations in Real Estate Loan and Security Law]. *Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR)*, 589–591. [in German]

- Coleman, R. (2014). *Further advances under a secured loan: Land Registration Act 2002 p. 49. The Conveyancer & Property Lawyer*, 78, 430–433. [in English]
- Csizmazia, N. (n.d.). *Sicherungsrechte an Immobilien in Ungarn* [Security Rights in Real Estate in Hungary]. In B. Hinteregger & V. Borić (Eds.), (pp. 55–58). [in German]
- Dagot, M. (2006). *L'hypothèque rechargeable* [The Rechargeable Mortgage] (pp. 12–13, 39, 153). LexisNexis. [in French]
- Drewicz-Tułodziecka, A. (n.d.). *Basic Guidelines for a Eurohypothech* (pp. 18, sec. B II 5.4 and 5.6). [in English]
- Drewicz-Tułodziecka, M. (n.d.). *Objectives of the paper*. [in English]
- EU Mortgage Funding Expert Group. (n.d.). *Final report*. European Commission. http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/mfeg/final_report-en.pdf
- European Commission. (2007). COM(2007) 807 final. *White Paper on the integration of EU mortgage credit markets*. [in English]
- Falkanger, T., & Falkanger, A. T. (2018). *Tingsrett* [Property Law] (8th ed.). Universitetsforlaget. [Norwegian]
- Ferran, E. (1992). *Mortgage securitisation: Legal aspects*. Butterworths. [in English]
- Financial Institutions Act 2015, § 11–7 (Norway). [Norwegian]
- Finansavtaleloven* (1999) § 55 [Financial Agreements Act]. [Norwegian]
- Fix, C. (2014). *Die fiducie-sûreté: Eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht* [The Fiducie-Sûreté: A Study of the French Security Trust from a German Perspective] (pp. 106–149). Mohr Siebeck. [in German]
- Föex, B. (1998). *L'Eurohypothèque* [The Eurohypothech]. In F. Werro (Ed.), *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code Civil Européen?* [The Europeanisation of Private Law – Towards a European Civil Code?] (pp. 489–490). Éditions universitaire de Fribourg. [in French]
- Goode, R., & Gullifer, L. (2017). *Goode and Gullifer on legal problems of credit and security* (6th ed., pp. 194–196). Sweet & Maxwell. [in English]
- Gray, K., & Gray, S. F. (2009). *Elements of land law* (5th ed., p. 694). Oxford University Press. [in English]
- Grimaldi, M. (2006). *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire* [The Rechargeable Mortgage and the Lifetime Mortgage]. *La Semaine Juridique*, 948. [in French]
- Habersack, M. (1997). *Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts* [Accessoriness – A Structural Principle of European Civil Law and a Future European Mortgage Right]. *Juristen Zeitung (JZ)*, 857–865. [in English]
- Hahn, V. (1996). *Grundschuld und abstraktes Schuldversprechen* [The Land Charge and the Abstract Acknowledgment of Debt]. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1233–1234. [in English]
- Hopkinson v Rolt* (1861) 9 HL Cas 514, 11 E.R. 829. [in English]
- Iversen, B., Kristensen, L. H., & Madsen, L. H. G. (2015). *Panteret* [Mortgage Law] (5th ed., pp. 172–182). Karnov Group. [in English]
- Jensen, U. (2016). *Panträtt* [Security Rights] (10th ed., pp. 65–66, 68–69). Iustus. [in English]

- Josipović, T. (2009). *Die Eurohypothek* [The Eurohypothec]. In J. Basedow, O. Remien, & M. Wenckstern (Eds.), *Europäisches Kreditsicherungsrecht* [European Credit Security Law] (pp. 108–120). Mohr Siebeck. [in German]
- Kaser, M. (1976). *Studien zum römischen Pfandrecht* [Studies on Roman Pledge Law]. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 44, 233–289. [in German]
- Kaser, M. (1979). *Studien zum römischen Pfandrecht II* [Studies on Roman Pledge Law II]. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 47, 319–345. [in German]
- Kiesgen, C. (2004). *Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit* [A Single Market for Mortgage Credit]. Josef Eul Verlag. [in German]
- Kircher, S. (2004). *Grundpfandrechte in Europa* [Mortgage Rights in Europe] (pp. 556–561). Duncker & Humblot. [in German]
- Köndgen, J., & Stöcker, O. M. (n.d.). *Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage* [The Eurohypothec – Accessoriness as the Key Question]. *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB)*, 119. [in German]
- Kurzbauer, H. (n.d.). *Austrian Höchstbetragshypothek* [The Austrian Maximum Amount Mortgage]. [in German]
- Kurzbauer, P. (1999). *Die Höchstbetragshypothek* [The Maximum Amount Mortgage] (pp. 10, 106). Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. [in German]
- Land Registration Act 1935 (“tinglyslingsloven”) § 22(1). *Tinglyslingsloven* = [Land Registration Act]. [in Norwegian]
- Land Registration Act 2002, §§ 23(1), 49, 49(4) (UK). [in English]
- Lassen, T., Luckow, A., & Thurner, M. (2016). *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I [Flexibility of Mortgage Rights in Europe, Vol. I]. *VdP Schriftenreihe*, 23, 54. [in German]
- Law Commission & H M Land Registry. (2001). *Land registration for the twenty-first century: A conveyancing revolution* (Law Commission No. 271, para. 7.35, pp. 132–133). [in English]
- Law Commission. (2002). *Updating the Land Registration Act 2002: A consultation paper* (Consultation Paper No. 227, pp. 390–400). [in English]
- Law of Property Act 1925, § 85(1) (UK). [in English]
- Lawson, F. H., & Rudden, B. (2002). *The law of property* (3rd ed., pp. 127–129). Oxford University Press. [in English]
- Lilleholt, H. (2002). *Pantebrev i ny form* [Mortgage deed in a new form]. *Lov og Rett (LoR)*, 416–425. [in Norwegian]
- Lilleholt, K., & Wiig, S. (1996). Norway. In T. Baums & E. Wymeersch (Eds.), *Asset-backed securitization in Europe* (pp. 203–205). Kluwer Law International. [in English]
- Marthinussen, H. F. (2007). Country report Norway. In O. M. Stöcker (Ed.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa* [Flexibility of real estate security rights in Europe] (Vol. II, *Schriftenreihe des VdP*, Band 32, pp. 17–45). Berlin. [in German]
- Marthinussen, H. F. (2010). *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet* [The relationship between the mortgage right and the secured claim]. Cappelen Akademisk. [in Norwegian]
- Marthinussen, H. F. (2011). *Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter* [Protection against creditor seizure in the transfer and pledge of mortgage rights]. *Jussens Venner*, 87–130. [in Norwegian]

- Marthinussen, H. F. (2025). *(De-)Constructing mortgages – Reflections on accessoriness, properties of good mortgages, and the development of new mortgage legislation for transition economies or even a future Euro-mortgage ('Eurohypothec')*. University of Bergen. [in English]
- Medicus, D. (1971). *Die Akzessorietät im Zivilrecht* [Accessoriness in civil law]. *Juristische Schulung (JuS)*. [in German]
- Mincke, W. (1987). *Die Akzessorietät des Pfandrechts* [Accessoriness of the pledge right]. Dunker & Humblot. [in German]
- Møller, E. (1892). *Dækningsadgang eller fordringsret* [Right of satisfaction or claim right] (p. 157). Universitetsboghandler G.E.C. Gad. [in English]
- Mortensen, P. (2007). *Digitale panterrettigheder – en oversigt* [Digital mortgage rights – an overview]. *Pejus*. [in English]
- Nasarre-Aznar, S. (2004). *Securitisation & mortgage bonds: Legal aspects and harmonization in Europe* (pp. 50–51). Gostick Hall Publications. [in English]
- Nasarre-Aznar, S. (n.d.). *The need for the integration of the mortgage market in Europe*. In van Erp, S., Salomons, N., & Akkermans, M. (Eds.), [pp. 95]. [in English]
- NJA 2010, p. 467 (Swedish Supreme Court decision). [in English]
- Norwegian Debentures Act 1939 (*gjeldsbrevloven*) § 15; Financial Agreements Act 1999 (*finansavtaleloven*) § [section not provided]. [in Norwegian]
- Povlakić, M. (n.d.). *Die Grundschuld in Bosnien und Herzegowina* [The land charge in Bosnia and Herzegovina]. In Lassen, T., Luckow, A., & Thurner, M. (Eds.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa* [Flexibility of real estate security rights in Europe] (p. 65). [in German]
- Rammeskov Bang-Pedersen, P. (2005). *Ejerpantebrevet – et aldrende instrument i afgiftsrespirator* [The owner's mortgage deed – an aging instrument on tax life support]. *Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) B*, 321–324. [in English]
- Restatement of the Law, Mortgages* (n.d.). [in English]
- Rupp, C. S. (2015). *Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz* [Real estate security rights between flexibility and protection]. Mohr Siebeck. [in German]
- Sagaert, V. (2009). Main developments in immovable securities in French and Belgian law: A transition from tradition to modernity. In M. Hinteregger & T. Borić (Eds.), *Sicherungsrechte an immobilien in Europa* [Security rights in immovable property in Europe] (pp. 209–212). LIT. [in German]
- Sagaert, V. (2011). Harmonization of security rights on immovables: An ongoing story. In A. Hartkamp et al. (Eds.), *Towards a European Civil Code* (4th ed., pp. 1046–1048). Kluwer Law International. [in German]
- Samuel v. Jarrah Timber and Wood Paving Corporation* [1904] A.C. 323. [in English]
- Schmid, J., & Hürlimann-Kaup, B. (2017). *Sachenrecht* [Property law] (5th ed., p. 581). Schultess. [in German]
- Schmidbauer, K. (2012). *Nationale und internationale Aspekte der Kredithypothek* [National and international aspects of the credit mortgage] (p. 218). Munich. [in German]
- Scottish Law Commission. (2010). *Discussion Paper on Heritable Securities: Pre-default* (Discussion Paper No. 168, pp. 33–34, 69–70, 71, 74–77). <https://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform/law-reform-projects/heritable-securities/> [in English]

- Simón-Moreno, H. (2012). *The Eurohypothec*. *European Property Law Journal*, 201–202. [in English]
- Skoghøy, J. E. A. (2018). *Panterett* [Mortgage Law] (4th ed., pp. 163–166). Universitetsforlaget. [in Norwegian]
- Skovgaard, H. (1978). *Skadesløsbreve utstedt til ihæندهaver* [Indemnity letters issued to bearer]. *Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) B*, 197–214. [in English]
- Soergel, O., & Stöcker, O. M. (2002). *EU enlargement in Eastern Europe and dogmatic property law questions – Causality, Accessoriness and Security Purpose*. *Notarius International*, 243. [in English]
- Sparkes, P. (2007). *European Land Law*. Hart Publishing. [in English]
- Stadler, A. (1996). *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion* [Freedom of structuring and protection of legal traffic through abstraction]. Mohr Siebeck. [in German]
- Steven, A. J. M. (2009). *Accessoriness and Security over Land*. *Edinburgh Law Review*. [in English]
- Stöcker, O. M. (1992). *Die “Eurohypothek”* [The “Eurohypothec”] (p. 272). Dunker & Humblot. [in German]
- Stöcker, O. M. (2005). *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?* In A. Drewicz-Tułodziecka (Ed.), *Basic guidelines for a Eurohypothec* (p. 46). Mortgage Credit Foundation Warsaw. Retrieved from <http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf> [in English]
- Stöcker, O. M. (2006). *Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen. Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen* [The legal security of cross-border real estate financing. The Eurohypothec – a security instrument with realization opportunities]. *Wertpapier-Mitteilungen (WM)*, 1941–1949. [in German]
- Stöcker, O. M. (2007). *Die Eurohypothek (II)* [The Eurohypothec (II)]. In *Jahresheft der Internationale Juristenvereinigung Osnabrück* (pp. 66–67, footnote 18). [in German]
- Stöcker, O. M. (2011). *Covered bond models in Europe: Fundamentals on legal structures*. *Housing Finance International*, Winter, 32–40. [in English]
- Stöcker, O. M. (2012). *The Eurohypothec*. In S. van Erp, A. Salomons, & B. Akkermans (Eds.), *The future of European property law* (pp. 66–68). Verlag Dr. Otto Schmidt. [in English]
- Stöcker, O. M. (n.d.). *Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen* [The legal security of cross-border real estate financing] (pp. 1941–1942). [in German]
- Stöcker, O. M. (n.d.). *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?* (pp. 48–52). [in English]
- Stöcker, O. M., & Stürner, R. (2010). *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe* (Vol. III, 2nd rev. & ext. ed., pp. 99–101). Schriftenreihe des VdP, Band 44. https://www.pfandbrief.de/site/en/vdp/publications/vdp_schriftenreihe/vdp_No_44_Security_Rights.html [in German]
- Stürner, R. (1992). *Die Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft* [Real estate security rights between accessoriness and abstractness and the European future]. In *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag* (p. 379). Mohr Siebeck. [in German]

- Swedish Debentures Act 1936 (*Skuldebrevslagen*, 1936:81) § 22. [in English]
- The American Law Institute. (1997). *Restatement of the law (third), property – mortgages* (pp. 4, 9). American Law Institute Publishers. [in English]
- Thiele, A. (2003). *Collective security arrangements* (pp. 58–107). Kluwer Law International. Retrieved from <https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/146963> [in English]
- Thiele, A. (2003). *Collective security arrangements* (pp. 64–66, 89–91). Kluwer Legal Publishers. [in English]
- Tiivel, R. (2006). *Länderbericht Estland* [Country report Estonia]. In O. M. Stöcker (Ed.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band I* (pp. 117–155). VdP Schriftenreihe Band 23. [in German]
- van 't Westeinde, M. G. (1999). *De overgangssperikelen van een bankhypotheek (I)* [The transitional problems of a bank mortgage (I)]. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)*, 689–693. [Dutch]
- van Erp, S. (2002). *A comparative analysis of mortgage law: Searching for principles*. In A. Gambaro & M. E. Sánchez Jordán (Eds.), *Land law in comparative perspective* (p. 83). Kluwer Law International. [in English]
- van Erp, S. (n.d.). *Security interests: A secure start for the development of European property law*. In Hinteregger, B., & Borić, V. (Eds.), [pp. 3–14]. [in English]
- van Vliet, L. P. W. (2009). *Mortgages on immovables in Dutch law*. In M. Hinteregger & T. Borić (Eds.), *Sicherungsrechte an immobilien in Europa* [Security rights in immovables in Europe] (pp. 287–288). LIT. [in German]
- von Bar, C. (2015). *Gemeineuropäisches Sachenrecht* [Common European property law] (Vol. I). C.H. Beck. [in German]
- von Bar, C., & Drobnič, U. (2004). *The interaction of contract law and tort and property law in Europe* (pp. 341–342). Sellier. [in English]
- Wachter, T. (1999). *Die Eurohypotheek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt* [The Eurohypotheek – Cross-border credit security on real estate in the European Internal Market]. *Wertpapier-Mitteilungen (WM)*, 49–70. [in German]
- Watt, G. (2006). *The Eurohypotheek and the English Mortgage*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 2, 178. [in English]
- Watt, G. (2007). *The lie of the land: Mortgage law as legal fiction*. In E. Cooke (Ed.), *Modern studies in property law* (Vol. 4, pp. 73–96). Hart Publishing. [in English]
- Wehrens, H. G. (1988). *Der Schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld, ein rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypotheek* [The Swiss mortgage certificate and the German registered land charge, a comparative law basis for a future Eurohypotheek]. *Österreichische Notarzeitung (ÖNotZ)*, 181–191. [in German]
- Wehrens, H. G. (2004). *Real security regarding immovable objects – Reflections on a Euro-mortgage*. In A. Hartkamp et al. (Eds.), *Towards a European Civil Code* (3rd ed., pp. 769–783). Kluwer Law International. [in English]
- Wiegand, W. (1996). *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte* [Theory and practice of real estate security rights]. In *Berner Bankrechtstag 1996* (pp. 65–66, 76–77). Bern. [in German]
- Wilhelm, J. (2016). *Sachenrecht* [Property law] (5th ed.). De Gruyter. [in German]

- Wolfsteiner, H., & Stöcker, O. M. (1998). *Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa* [A non-accessory security right over real property for Central Europe]. *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB)*, 265; *Notarius International*, 2003, pp. 116–124. [in German]
- Wylie, J. C. W. (2013). *Irish land law* (5th ed.). Bloomsbury. [in English]
- Zobl, D. (2013). *Treuhänderische Verwaltung und Übertragung von Registerschuldbriefen* [Trust administration and transfer of registered mortgage certificates]. In *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR)* (pp. 217–237). [in German]



Тім Лассен¹
доктор права
член правління
та керівник департаменту
Асоціації німецьких банків
Pfandbrief
Берлін, Німеччина

УДК 347.4

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-53-79>

РЕЄСТРАЦІЯ ЗАСТАВНИХ ПРАВ НА РУХОМЕ МАЙНО В МІЖНАРОДНОМУ ПОРІВНЯННІ²

Д-р Тім Лассен. Реєстрація заставних прав на рухоме майно в міжнародному порівнянні

А. Вступ

I. Генерація з використанням відновлюваних джерел енергії (ВДЕ)

1. Вітрогенератори

2. Сонячні електростанції

II. Світові та європейські тенденції у сфері застави рухомого майна

1. Ситуація у світі

2. Директива ЄС про забезпечені облігації (Covered Bonds)

В. Публічність застави рухомого майна

I. Публічність застави рухомого майна в римському праві

II. Публічність застави рухомого майна в німецькому праві

С. Реєстри заставних прав на рухоме майно в Німеччині

I. Кораблі

¹ Д-р Тім Лассен, юрисконсульт, член правління та керівник відділу «Активи покриття» Асоціації банків-емітентів пфандбрифів (vdr, Берлін). Протягом 15 років, з 2007 по 2022 р., працював у Москві у сфері фінансування та управління комерційною нерухомістю. Автор дякує д-ру Отмару Штекеру (керівник vdr до кінця квітня 2024 р.), Йорга Майнке (старший менеджер vdr до кінця січня 2025 р.) та д. ю. н. Роману Бевзенку (Москва, старший юрисконсульт Lansky Ganzger Goeth & Partner, Відень) за допомогу в підготовці цієї праці.

² Стаття в оригіналі німецькою мовою опублікована тут:
Tim Lassen: Registrierung von Pfandrechten an beweglichen Sachen im internationalen Vergleich In: DRRZ Deutsch-Russische Rechtszeitschrift, Band 9, Heft 2, стор. 138-170, Berliner Wissenschafts-Verlag, Stuttgart 2024.
Англійською мовою стаття була опублікована тут:
Tim Lassen: An international comparison of the registration of liens on movable property; IJHF Summer 2025, стор. 48–62. Переклад українською канд. юрид. наук Наталії Бондар.

1. Судновий реєстр
2. Корабельна іпотека

II. Повітряні судна

1. Каталог літальних апаратів
2. Зареєстрована застава та реєстр заставних прав
 - а. Зареєстрована застава
 - б. Реєстр заставних прав на повітряні судна

D. Підсумок

1. Резюме
2. Міркування щодо реєстру прав на рухоме майно

A. Вступ

Анотація

Публічність забезпечувальних прав на рухоме майно залишається важливою проблемою приватного права, оскільки відсутність ефективної реєстрації підвищує ризики кредиторів та знижує передбачуваність обороту. В умовах розвитку фінансових ринків зростає потреба в аналізі зарубіжних моделей регулювання. У дослідженні використано порівняльно-правовий, історико-правовий, формально-юридичний та системно-структурний методи, а також правове моделювання, емпірично-аналітичний та доктринальний підходи. Проведений аналіз виявив суттєві відмінності в підходах до публічності забезпечувальних прав на рухоме майно: від реєстрації обмежених категорій об'єктів у Німеччині до комплексних універсальних реєстрів у західних країнах та деяких країнах Східної Європи. Встановлено, що відсутність єдиної системи реєстрації призводить до зниження прозорості заставних відносин та обмежує доступність фінансування для деяких галузей, включно з відновлюваною енергетикою. На основі порівняльного аналізу запропоновано модель можливого єдиного реєстру забезпечувальних прав, засновану на принципах публічності, пріоритету та технологічної доступності. Світова тенденція свідчить про поступове розширення реєстрів, однак гармонізація в Європі ускладнена відмінностями національних систем. Універсальні реєстри можуть підвищувати захищеність кредиторів, але потребують інституційної адаптації. Дослідження показало необхідність модернізації механізмів реєстрації забезпечувальних прав на рухоме майно з урахуванням міжнародного досвіду. Запропонована модель універсального реєстру може стати основою для подальших реформ, спрямованих на підвищення прозорості, передбачуваності та стійкості фінансового обороту. Отримані результати мають практичне значення для законодавців, юристів-практиків та учасників фінансового ринку.

Ключові слова: застава рухомого майна, реєстрація заставних прав.

Публічність, необхідна для правової класифікації об'єкта, забезпечується, як правило, володінням майном. Важливість прав, насамперед, коли йдеться про нерухомість, а також прав на інші об'єкти власності, привела до виникнення в більшості країн континентальної Європи систем ведення реєстрів, які покликані забезпечити особливий ступінь публічності і, отже, ринковий оборот цього майна. Завдяки реєстрації прав досягаються правова визначеність і юридична ясність, яка забезпечує юридичний і комерційний обіг. Ця система безпосередньо впливає на економіку, зважаючи на те, що чітка, безпечна і надійна система реєстрації може значно знизити транзакційні витрати при здійсненні юридичних угод, зокрема, при примусовому виконанні (звернення стягнення на окремі види майна та банкрутство)³.

Крім земельної книги для нерухомого майна, в багатьох країнах існують інші системи реєстрації для іншого майна або прав, призначені для досягнення відповідної публічності. До них також належать реєстри заставних прав на рухоме майно⁴.

Питання забезпечення при угодах із рухомим майном набуло нового звучання при фінансуванні генераторів, що працюють із відновлюваними джерелами енергії (ВДЕ). Крім того, Директива ЄС про забезпечені боргові зобов'язання⁵ переглянула формальні вимоги до застави рухомого майна. Ці питання будуть проаналізовані нижче.

У Німеччині поки що немає єдиного реєстру заставних прав на рухоме майно. Проте реєстри заставних прав на судна і літаки, які вже давно ведуться, відповідають вимогам системи публічної інформації про певні види рухомого майна⁶. Ці два реєстри рухомого майна будуть розглянуті нижче у зв'язку із загальними вимогами законодавства ЄС.

За межами ЄС також триває процес реєстрації заставних прав на рухоме майно. Наприклад, в Україні був створений реєстр застав рухомого майна. Це стало відповіддю на потребу в більшій публічності у сфері застави рухомого майна.

Мета дослідження полягає у спробі розробити теоретико- та практико-орієнтовану обґрунтовану модель ефективної системи реєстрації забезпечувальних прав на рухоме майно на основі порівняння зарубіжних правових підходів та оцінки їх застосовності для модернізації національного законодавства.

Завданням дослідження є визначення особливостей різних моделей публічності заставних прав, оцінювання їх ефективності для забезпечення прозорості та зниження кредитних ризиків, а також розроблення науково обґрунтованої концепції можли-

³ Детальніше див.: Lassen, Tim / Seeber, Thomas: Rechtsvergleichende Analyse europäischer Grundpfandrechte [Лассен Тім, Зеебер, Томас Порівняльний правовий аналіз іпотечного законодавства в європейських країнах]; Zeitschrift für das Recht des Bauwesens 2022 (11), с. 103–126 (с. 117).

⁴ Lassen/Seeber, с. 116, виноска 119. Про використання реєстрів див.: Brinkmann, Moritz / Schmoeckel, Mathias (Hg.): Registerwesen – Grundlagen, Rechtfertigung, Potential; [Брінкман, Моріц / Шмекель, Матіас (вид.) Ведення реєстрів: основи, апологія, потенціал] Baden-Baden 2020.

⁵ На практиці для позначення цих облігацій закріпився термін «Covered Bonds».

⁶ Для яких також існують спеціальні правила застави.

вого універсального реєстру забезпечувальних прав, придатної для адаптації в національних правопорядках.

Під час проведення дослідження були використані порівняльно-правовий, історико-правовий, формально-юридичний і системно-структурний методи, а також правове моделювання. Емпірично-аналітичний і доктринальний підходи були застосовані для вивчення спеціального реєстрового регулювання та практики фінансування окремих категорій рухомого майна.

Наприкінці статті наведено деякі міркування щодо можливої структури реєстру рухомого майна.

I. Генерація з використанням відновлюваних джерел енергії⁷

У Німеччині питання ВДЕ, пов'язані з кредитуванням під заставу рухомого майна, зокрема, вітрогенераторів і сонячних електростанцій, у цей час знову набувають практичного значення.

1. Вітрогенератори⁸

Значна частина електроенергії генерується з використанням енергії вітру і потребує великих інвестицій у будівництво та переоснащення вітрових парків⁹. На практиці вітрогенератори найчастіше встановлюються на землях сільськогосподарського призначення.

При цьому оператор вітрогенератора не є власником земельної ділянки, на якій він встановлений, проте, як правило, прагне зберегти право власності на генератор¹⁰.

⁷ Далі: ВДЕ.

⁸ Далі: вітрогенератори.

⁹ Переоснащення (repowering) означає модернізацію установки, наприклад, шляхом переходу на більш сучасні генератори з високим ККД. При цьому часто змінюється площа опори. Переоснащення часто проводиться в масштабах великого вітропарку, при цьому значно скорочується кількість турбін. Нові турбіни, як правило, набагато потужніші та ефективніші. Тому в мережу буде надходити більше електроенергії з тієї ж площі.
<https://www.bmwk-energieende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2016/08/Meldung/direkt-erklaert.html> (німецькою мовою; посилання перевірено 02.08.2024).

¹⁰ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 2 - Explanation of the question (посилання перевірено 01.08.2024).

На цьому порталі, що працює під егідою vdp, Круглий стіл «Застава нерухомості: правові норми» публікує результати своєї роботи, в ході якої експерти з більш ніж 35 країн Європи, Японії та Північної Америки аналізують і порівнюють догматичні основи та практичне використання норм іпотечного права в різних країнах.

Про діяльність цього форуму останнім часом писали: Stöcker, Otmar/Stürner, Rolf: Runder Tisch Grundpfandrechte; [Штекер, Отмар/Штюрнер Рольф Круглий стіл Іпотечне право] EuZW 2023, Teil 1: Zielsetzung und Arbeitsweise [Частина перша Цілі та принципи], с. 107-112, Teil 2: Akzessorietät der Grundpfandrechte [Частина друга Аксесорність іпотечних прав], стор. 163-168; Lassen/Seeber, passim (на відміну від інших підходів, порівнюючи норми, що регулюють заставу нерухомості); Lassen, Tim / Luckow, Andreas: Entwicklung des Runden Tisches Grundpfandrechte [Луков, Андреас Становлення Круглого столу «Іпотечне право»], в: Lassen, Tim / Luckow, Andreas / Thurner, Mario (Red.): Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus [Лассен, Тім / Луков, Андреас / Турнер, Маріо (ред.) Іпотечне право 2016 рік в Європі та не тільки]; Берлін 2016 (Збірник публікацій vdp том 54 с. 19-31. Про поточний стан у роботах: Lassen, Tim / Thurner, Mario (Red.): Vom Hypothekenbankgesetz

У багатьох юрисдикціях зв'язок між вітрогенератором і земельною ділянкою встановлюється за допомогою успадкованого права забудови¹¹ або інших прав, внесених до земельної книги і обтяжених заставою нерухомості¹².

В інших правових системах використання успадкованих прав забудови хоча в принципі і можливе, але на практиці зустрічається дуже рідко з інших причин (наприклад, через особливості оподаткування). У цьому випадку вітрогенератори передаються в заставу як рухоме майно¹³.

У Німеччині Верховний федеральний суд також вважає вітрогенератори рухомих майном, а не істотною частиною земельної ділянки¹⁴. Щоправда, законодавство Німеччини дає власнику земельної ділянки можливість передати оператору вітрогенератора успадковане право забудови. Установка може бути обтяжена іпотекою як невід'ємна частина успадкованого права забудови¹⁵. Однак у Німеччині така схема

zur Covered Bond Richtlinie [Лассен, Тім / Турнер Маріо (ред) Від закону про іпотечні банки до Директиви CBD] - Liber amicorum Dr Otmar Stöcker (Збірник публікацій vdp том 56; далі: FS Stöcker), Берлін 2024; Він же: Entwicklung und Stand des Realkredits in Europa [Розвиток та стан іпотечного кредитування в Європі] - Liber amicorum Andreas Luckow (Збірник публікацій vdp, том 57, далі: FS Luckow), Берлін 2024.

¹¹ Про спадкове право забудови («Baurecht») в матеріалах Круглого столу: www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter IX. Lease/Right to build, passim. Про основи: Luckow, Andreas: Die grundstücksgleichen Rechten beim Runden Tisch Grundpfandrechte [Луков, Андреас Дискусія про права, еквівалентні правам на землю, в рамках Круглого столу «Іпотечне право»]; в: Lassen/Luckow/Thurner (ред.), стор. 197 – 207. Актуальні тенденції: Josipović, Tatjana: Baurecht – das neue dingliche Recht im kroatischen Sachenrecht [Йосипович, Тетяна Будівельне право – новий аспект речового права в Хорватії]; in: Lassen/Thurner, Ювілейний збірник (далі: FS Luckow, с. 57–68; Povlakić, Meliha: Erbbaurecht in Bosnia and Herzegovina – eine verpasste Chance (auch für die Kreditwirtschaft) [Повлакич, Меліха Спадкове право забудови в Боснії і Герцеговині – втрачена можливість – і для банків теж]; там само., с. 159–171. з історико-правовими посиланнями: Werkhoven, Vincent van: Ungewöhnliche niederländische Erbbaurechte [Веркхофен, Вінсент ван Незвичайне право забудови в Нідерландах]; в: Lassen/Thurner, FS Stöcker, стор. 211–217.

¹² Наприклад, Греція, Австрія, Польща, Румунія, Швеція та Сербія; див.: www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 2 (посилання перевірено 01.08.2024).

¹³ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 2, Explanation of the question (посилання перевірено: 01.08.2024).

¹⁴ Bundesgerichtshof (BGH) від 7 квітня 2017 р., V ZR 52/16. На думку Верховного федерального суду Німеччини (BGH), вітрогенератори є уявною складовою частиною, оскільки особа W, яка встановила вітрогенератор, не будучи власником земельної ділянки, у той момент мала намір пов'язати вітрогенератор із земельною ділянкою тільки з метою тимчасової експлуатації, оскільки ця особа хотіла демонтувати вітрогенератор після закінчення терміну експлуатації. Такий намір не виключався тим, що власник нерухомості E (дружина W) використовувала земельну ділянку як забезпечення кредиту для фінансування вітрогенератора (див. II За рішення BGH). На думку BGH, той факт, що вітрогенератор мав залишатися на ділянці протягом усього прогнозованого терміну служби в 20 років, не перешкоджає тому, щоб розглядати його як уявну складову частину за змістом § 95 (1) речення 1 ГГУ (див. II 3b з описом ходу дискусії та думкою BGH).

¹⁵ Згідно з німецьким законодавством, вітрогенератори можна встановлювати на підставі успадкованого права забудови (Erbbaurecht). У цьому випадку вони не є рухомих

поки що не прижилася, насамперед, із податкових причин. Прийняття у спадок права забудови обтяжується податком на придбання земельної ділянки¹⁶. Крім цього, сплачуються нотаріальні та реєстраційні збори.

У переважній більшості випадків власник земельної ділянки і оператор вітрогенератора укладають договір оренди. Оператор закріплює своє право на експлуатацію установки на ділянці землевласника в договорі про встановлення сервітуту¹⁷. Договори земельної оренди допускають гнучкі умови також щодо паралельного сільськогосподарського використання землі й пов'язаних із цим обмежень¹⁸.

На додаток відбувається забезпечувальна передача права власності на рухоме майно оператору вітрогенератора¹⁹ і на частки в компанії спеціального призначення — фінансовій кредитній організації. В інших країнах реєстрація прав власності та забезпечувальних прав на вітрогенератори в публічному реєстрі забезпечує захист власників і кредиторів, пріоритетність забезпечувальних прав та захист ін-

майном, а є складовими частинами успадкованого права на будівлю. З точки зору Закону про спадкове право забудови (Erbbaurechtsgesetz) вітрогенератор — це не будівля, а споруда („Bauwerk“); Grüneberg: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen [Грюнеберг Цивільний кодекс з додатковими законами]; 83-тє видання, Мюнхен 2024: Erbbaurechtsgesetz [Нагель, Маттіас Закон про спадкове право забудови], Мюнхен 2022, § 1, номер на полях 131, с. 36, за ред.: М.Нагель. Споруда, зведена на підставі спадкового права на забудову, вважається складовою частиною цього права (§ 12 (1) речення 1 Erbbaurechtsgesetz). Те саме стосується і споруди, яка вже існує на момент виникнення спадкового права на забудову (§ 12 (1) речення 2 Erbbaurechtsgesetz). Складові частини успадкованого права на забудову не є одночасно складовими частинами земельної ділянки (§ 12 (2) Erbbaurechtsgesetz).

¹⁶ § 1 абз.1 пп. 1; § 2; абз. 2 п. 1 Закону про податок на придбання нерухомості (GrEStG).

¹⁷ Оператор установки зазвичай передає свої права (право користування ділянкою щодо власника, публічно-правова ліцензія на експлуатацію вітропарку, вимоги до мережевого оператора у зв'язку з передачею електроенергії в мережу) компанії спеціального призначення (SPV). Про використання компаній спеціального призначення: Lassen, Tim / Vinge, Fredrik: Nutzung von Objektgesellschaften (SPV) in der Immobilienfinanzierung [Лассен, Тім/Вінге, Фредрік Використання SPV при фінансуванні об'єктів нерухомості]; в: Lassen/Luckow/Thurner (вид.), с. 173–196.

¹⁸ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 2 - Detailed view - Comments on Germany (посилання перевірено 01.08.2024).

¹⁹ § 1205 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) при заставі рухомого майна вимагає передати річ, тобто надати пряме володіння. Це неможливо для об'єктів, які заставодавець повинен залишити у своєму безпосередньому володінні, як у випадку з вітрогенераторами. Тому в Німеччині сформувався інструмент передачі забезпечення, який не вимагає передачі речі. Ще однією перевагою є те, що перехід у фідуціарну власність є неакцесорним зобов'язанням (див. про це: Prütting, Hans: Sachenrecht [Прюттінг, Ганс Речове право]; 38-ме вид. Munich 2024, S. RN 409 f., S. 183 f).

весторів у Covered Bonds²⁰ у тих випадках, коли вітрогенератори виступають як забезпечення²¹.

Якщо спорудження вітрогенераторів пов'язане з успадкованим правом забудови, таким публічним реєстром може бути поземельна книга. Якщо вітрогенератор закладений як рухоме майно, публічним реєстром може служити реєстр заставних прав²². У багатьох європейських країнах – наприклад, у Німеччині та Австрії – у публічному реєстрі неможливо зареєструвати право власності та право на речове забезпечення кредиту при фінансуванні вітрогенераторів²³.

2. Сонячні електростанції²⁴

СЕС набувають дедалі важливішого значення в рамках декарбонізації енергетики. Використання сонячної енергії покращує енергетичний баланс будівлі. Якщо електроенергія віддається в мережу, власник отримує додаткове джерело доходу²⁵.

Актуальною стає проблематика прав власності та речової застави при фінансуванні тих СЕС, які не належать власнику будівлі або земельної ділянки. Тут відповідь на питання про заставні обтяження, накладені на СЕС, залежить від того, хто є влас-

²⁰ Covered Bonds (у Німеччині: Pfandbriefe) – це суворо регламентований і стандартизований інструмент для довгострокового рефінансування банків, який не передбачає передачі кредитного ризику інвестору. Натомість кредитні ризики активно управляються емітентом, навіть після його неплатоспроможності, що детально регулюється в Німеччині в Законі про пфандбрифи. Німецькі пфандбрифи мають бездоганну кредитну історію протягом понад 100 років. Подвійне право вимоги (до емітента і до маси покриття) сприяє фінансовій стабільності, особливо в період кризи. Крім того, як на Covered Bonds, так і на активи покриття поширюються загальні правила нагляду за кредитними установами.

Висока стандартизація Covered Bonds на законодавчому рівні: закон встановлює допустимі активи (нерухомість, державні позики, кораблі), методи оцінки та обмеження на рефінансування через Pfandbriefe (у Німеччині: 60 % від вартості іпотечного кредитування – Mortgage Lending Value), режим pari passu для кредиторів, відсутність настання терміну погашення Covered Bonds у разі неплатоспроможності емітента.

²¹ Згідно зі ст. 6 Директиви ЄС щодо облігацій з покриттям 2019/2162 (CBD), такі облігації (Covered Bonds), у Німеччині передусім Pfandbriefe, згідно із Законом про Пфандбрифи (PfandBG) мають бути забезпечені високоякісними активами, які повинні відповідати вимогам, встановленим у Директиві. Згідно зі ст. 6(3) CBD, однією з вимог є наявність публічного реєстру, в якому реєструються права власності та вимоги до цього фізичного забезпечення (див.: www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 3 - Detailed view - Explanation of the question (посилання перевірено 01.08.2024)).

²² Наприклад, у Польщі та Іспанії, www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 3 (посилання перевірено 01.08.2024).

²³ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 3 (посилання перевірено 01.08.2024).

²⁴ Далі: СЕС. Про правову ситуацію щодо СЕС див.: Reymann, Christoph: Eigentum an Energieerzeugungsanlagen und deren Bestandteilen – unter Berücksichtigung der Freiland-Photovoltaikanlagen-Entscheidung des BGH –, WM 2023. S. 649 – 655 [Рейман, Крістоф Право власності на енергогенератори та їх складові частини – з урахуванням рішення BGH про СЕС, розташовані на незабудованих ділянках –, WM 2023. с. 649–655]

²⁵ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 7 - Explanation of the question (посилання перевірено 02.08.2024).

ником, де розташована СЕС: безпосередньо на ділянці або на даху будівлі, і як вона змонтована²⁶.

Реєстрація в публічному реєстрі пов'язаних із сонячною електростанцією прав власності та кредитного забезпечення важлива для захисту власників і кредиторів, для дотримання пріоритету забезпечувальних інтересів та для захисту інвесторів у Covered bonds, якщо забезпеченням кредиту служить СЕС²⁷.

Реєстри застав, що містять відомості про власника, заставодавця та про заставні права, ведуться в Болгарії, Норвегії та Іспанії. Реєстри, до яких вноситься тільки речове забезпечення кредиту, можна знайти в Боснії і Герцеговині, Хорватії, Сербії та Словенії²⁸.

II. Світові та європейські тенденції у сфері застави рухомого майна

1. Ситуація у світі

У світі переважає тенденція до реєстрації заставних прав на рухоме майно. Важливі приклади для наслідування дають США та Англія, а також Франція та Італія²⁹. Тенденцію реєстрації заставних прав підтримує і модельне законодавство, наприклад, модельний закон про захист прав кредиторів, розроблений Європейським банком реконструкції та розвитку. Свого часу він мав значний вплив на законотворчість у державах, що перебували на етапі реформ^{30 31}.

ЮНСІТРАЛ також опублікувала керівництво з ведення реєстру забезпечення³². В європейському цивільному праві, тобто в можливому майбутньому цивільному

²⁶ Деталі: www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, question 7 to question 10 (посилання перевірено 02.08.2024).

²⁷ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 11 - Detailed view, Explanation of the question (посилання перевірено 02.08.2024).

²⁸ www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter VII, Question 11 (посилання перевірено 02.08.2024). У Бельгії, Англії, Ірландії, Нідерландах і Шотландії сонячні електростанції реєструються в земельній книзі через заставу нерухомості. У багатьох інших країнах, включаючи Німеччину та Австрію, публічна реєстрація відносин власності або заставних прав не передбачена.

²⁹ Baur, Fritz / Stürner, Rolf: Sachenrecht [Баур; Фріц / Штюрнер, Рольф Речове право] 18-те вид. Мюнхен 2009, § 14, номер на полях 6, с. 168 з подальшими посиланнями на джерела

³⁰ Це застарілий термін, що позначає колишні соціалістичні країни Центральної, Південно-Східної, Північно-Східної та Східної Європи.

³¹ Ст. 6.2; 8; 33-35 Модельного закону з поправками 2004 р. (Модельний закон про забезпечені угоди англійською мовою). Див. також: Baur/Stürner: Sachenrecht [Баур/Штюрнер Речове право], 18-те вид. Мюнхен 2009, § 14 номер на полях 6, с. 169.

Щодо Модельного закону: <https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html> (посилання перевірено 01.08.2024).

³² UNCITRAL: Guide on the Implementation of a Security Rights Registry, Wien 2014: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/security-rights-registry-guide-e.pdf> (посилання перевірено 11.08.2024).

Це зробити публічним право застави рухомого майна.

Baur/Stürner, § 14, номер на полях 6, с. 169 («іпотека рухомого майна»).

Директива (ЄС) 2019/2162 Європейського парламенту та Ради від 27 листопада 2019 року про випуск облігацій з покриттям та державний нагляд за облігаціями з покриттям

законодавстві ЄС, пропонується ввести реєстрацію для дієвості³³ забезпечувальних прав на рухоме майно³⁴ стосовно третіх осіб³⁵.

У Німеччині цей процес, швидше за все, буде йти від застави (з передачею володіння), передбаченої в ГГУ (BGB)³⁶, яка вже майже не використовується, через заставу без передачі володіння, до зареєстрованої застави³⁷.

2. Директива ЄС про забезпечені облігації (Covered Bonds)³⁸

У 2013 р. ст. 129 CRR стала першим в ЄС стандартизованим нормативним актом прямої дії, який визначив склад покриття для забезпечення зобов'язань за цими облігаціями і передбачав належну якість кредитного ризику. Стаття 6 Директиви CBD виходить за ці рамки і дозволяє використовувати додаткові активи покриття. Ті, хто їх використовує, втрачають свої привілеї за ст. 129 CRR, але можуть використовувати привілеї, безпосередньо пов'язані з CBD або іншими директивами ЄС, які посилаються на CBD³⁹.

і внесення змін до Директив 2009/65/EC та 2014/59/EU (OJ L 328/29-57 від 18. 12. 2019), далі – Директива CBD (Covered Bond Directive).

³³ *Effectiveness*. Ефективність відрізняється від поняття виникнення (creation) забезпечувального права; див. Comments. A: Глава 3 в цілому, в: Drobniġ, Ulrich / Böger, Ole (ed.): Principles of European Law - Study Group on a European Civil Code: Proprietary Security in Movable Assets; München 2015, с. 397.

³⁴ *Security Rights*

³⁵ Ст. IX - 3:102 Principles of European Law on Proprietary Security in Movable Assets. Реєстрація регулюється розділом 3. Ця реєстрація також повинна мати значення для ранжування застав за старшинством, ст. IX - 4:101 п. 2 (а). Принципи опубліковані з коментарями в Drobniġ/Böger, passim.

³⁶ Це зробить публічним право застави рухомого майна.

³⁷ Baur/Stürner, § 14, номер на полях 6, с. 169 («іпотека рухомого майна»).

³⁸ Директива (ЄС) 2019/2162 Європейського парламенту та Ради від 27 листопада 2019 року про випуск облігацій з покриттям та державний нагляд за облігаціями з покриттям і внесення змін до Директив 2009/65/EC та 2014/59/EU (OJ L 328/29-57 від 18.12.2019), далі – Директива CBD (Covered Bond Directive).

³⁹ Stöcker, Частина 1, EuZW 2020, с. 751. Огляд правил CRR щодо облігацій із покриттям: https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/bankaufsichtsrecht/CRD-CRR/besondere_crr_regelungen.html (посилання перевірено 02.08.2024). Див. також: Beaumont, Joost / Costa, Cristina / Lassen, Tim / Stöcker, Otmar: Overview of Covered Bonds, in: ECBC (European Covered Bond Council): European Covered Bond Fact Book 2024; 19th A. Brussels 2024, с. 123–139 (125).

Активи, перераховані в ст. 129 абз. 1 CRR⁴⁰, є належними активами покриття для Covered Bonds⁴¹. Інші активи покриття аналогічної високої якості також можуть бути визнані належними, за умови, що вони відповідають нормам Директиви CBD, включаючи регулювання активів, що служать забезпеченням платіжної вимоги⁴².

Директивою CBD передбачені різні групи активів, які можуть бути визнані належним покриттям для Covered Bonds⁴³:

- 1) насамперед це активи, визнані належними згідно з нормою ст. 129 абз. 1 CRR⁴⁴:
 - зобов'язання урядів, центральних банків і державних установ країн ЄС⁴⁵ або третіх країн⁴⁶;
 - забезпечені заставою кредити на суму до 80 % від вартості заставленої житлової нерухомості⁴⁷;
 - забезпечені заставою кредити на суму до 60 % від вартості заставленої комерційної нерухомості⁴⁸;
 - кредити під заставу суден у розмірі до 60 % від вартості заставленого корабля⁴⁹;

2) належними визнаються також високоякісні активи покриття, якщо гарантується, що вимога емітента Covered Bonds забезпечена активами, які відповідають таким критеріям⁵⁰: для матеріальних активів, що пропонуються як забезпечення:

⁴⁰ Нова редакція ст. 129 CRR була частиною пакету щодо покритих облігацій поряд з CBD: Регламент (ЄС) 2019/2160 Європейського парламенту та Ради від 27 листопада 2019 року, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 575/2013 про ризикові позиції у формі облігацій з покриттям (OJ L 328/1-6 від 18.12.2019).

CRR – це Регламент (ЄС) № 575/2013 Європейського парламенту та Ради від 26 червня 2013 року про пруденційні вимоги до кредитних установ та інвестиційних компаній та внесення змін до Регламенту (ЄС) № 648/2012 (OJ L 176/1-337) (Регламент про вимоги до капіталу, Capital Requirements Regulation).

Див.: Stöcker, Otmar: EU-Harmonisierung von gedeckten Schuldverschreibungen [Штекер, Отмар Гармонізація Covered Bonds] частина 1; EuZW 2020, с. 749–756; частина 2: с. 793–797.

⁴¹ Активи покриття, які вже не відповідають вимогам ст. 129 абз. 1 CRR, утім, можуть залишатися належними активами покриття в розумінні ст. 6 абз. 1 підп. 1b Директиви CBD, якщо вони відповідають вимогам CBD; CBD, підстава 16, абз. 1 реч. 2. Це може бути, наприклад, кредитування об'єктів нерухомості та суден, що перевищує ліміти кредитування за ст. 129 CRR; Stöcker, T1, EuZW 2020, с. 751.

⁴² CBD, Підстава 16, абз. 1, с. 1 і 3.

⁴³ Ст. 6 абз. 1 CBD.

⁴⁴ Ст. 6 абз. 1 підп. 1a CBD. Крім перерахованих, ст. 129 абз. 1 підп. 1 CRR перераховано деякі інші належні активи, які в цій роботі не розглядаються.

⁴⁵ Ст. 129 п. 1 підп. 1a CRR.

⁴⁶ Ст. 129 п. 1 підп. 1b CRR.

⁴⁷ Ст. 129 п. 1 підп. 1d CRR.

⁴⁸ Ст. 129 п. 1 підп. 1f CRR.

⁴⁹ Ст. 129 п. 1 підп. 1g CRR.

⁵⁰ Ст. 6 п. 1 підп. 1b CBD.

а. існують визнані експертним співтовариством стандарти оцінки, придатні для розглянутого активу⁵¹;

б. ведеться публічний реєстр, в якому відображена структура власності⁵² і враховані обтяження, накладені на пропонувані як покриття активи⁵³; захисна функція публічного реєстру полягає в тому, що він надає зацікавленим особам доступ до інформації, яка⁵⁴:

- ідентифікує актив, що виконує забезпечувальну функцію;
- розмежовує права власності і тим самим забезпечує їх захист;
- документально⁵⁵ підтверджує структуру обтяжень;
- робить можливою реалізацію прав на забезпечення.

Ці положення ст. 6 CBD дозволяють державам — членам ЄС використовувати рухоме майно як покриття Covered Bonds. Що стосується відновлюваних джерел енергії, то кредити, забезпечені заставою вітрогенераторів і СЕС, внесених до публічних реєстрів⁵⁶, можуть бути включені до складу покриття Covered Bonds.

В. Публічність застави рухомого майна

Застава рухомого майна, як і застава нерухомого майна, має передбачені законом обмеження, які не можуть бути проігноровані за згодою сторін. Ця стандартизація базується на деяких принципах заставного права, які або притаманні самій природі заставного права, або продиктовані інтересами сторін чи інтересами кредиторів, які не мають забезпечення в рамках речового права. Одним із таких принципів у німецькому праві є публічність застави⁵⁷. Для рухомого майна таким інструментом публічності є володіння, а в разі нерухомого майна — запис у поземельній книзі⁵⁸.

І. Публічність застави рухомого майна в римському праві

Римське право розрізняло власницьку заставу *ipignus* і заставу без передачі права володіння *hypoteca*⁵⁹.

⁵¹ Ст. 6 п. 3 підп. 1а (перша половина речення) CBD.

⁵² Право власності має бути зареєстроване в державному реєстрі, щоб забезпечити реалізацію права власності CBD, Підстава 16, п. 1 с. 4.

⁵³ Ст. 6 п. 3 підп. 1а (друга половина речення) CBD.

⁵⁴ Ст. 6 п. 3 підп. 3 CBD.

⁵⁵ У даному контексті документація означає, що обтяження задокументовані, тобто видимі в реєстрі.

⁵⁶ І відповідають вимогам ст. 6 абз. 3 CBD.

⁵⁷ Baur/Stürner, § 55, номер на полях 3, с. 748.

⁵⁸ Baur/Stürner, § 4, номер на полях 9, с. 37.

⁵⁹ Термінологія не завжди була однозначною; Zwölve, Willem J. / Sirks, Boudewijn: Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte - Einführung und Sachenrecht [Цвальве, Вільям / Сіркс, Будевейн Основи історії приватного права в Європі: Вступ і речове право]; Відень – Кельн – Веймар 2012, с. 406. Іпотека могла встановлюватися не тільки на землю, а й на інше майно; *ibid.* с. 407. Про акцесорність римської застави: Lassen/Seeber, с. 108 із посиланнями з німецької та російської літератури.

Щоб створити *pegno*, потрібно було передати річ⁶⁰. Однак не вимагалось, щоб закладена річ постійно перебувала у заставодержателя, тому застава не припинялася, якщо заставодержатель згодом повертав її заставодавцю для використання⁶¹. У цьому разі мала місце застава без передачі володіння⁶². Якщо конкурували кілька застав, то рішення приймалося не за тим, хто фактично володів річчю, а за тим, кому вона була закладена першою⁶³.

Створення *hypoteca* було ще більш вільним: воно відбувалося у вільній формі за угодою між заставодавцем і заставоутримувачем⁶⁴.

Не дивно, що після виникнення цих двох видів речових забезпечувальних прав відпала необхідність у колишній забезпечувальній передачі права власності⁶⁵.

Цей вкрай низький рівень публічності, мабуть, створив проблеми для комерційного використання заставних прав, зокрема, через те, що старшинство заставодержателів визначалося виключно хронологічно⁶⁶. Тому в 472 році⁶⁷ з'явився припис, згідно з яким застава, створення якої було нотаріально завірено або підтверджено документом, власноруч підписаним трьома свідками, отримувала пріоритет перед більш ранньою заставою того ж майна, яка, однак, таким чином не була підтверджена⁶⁸.

II. Публічність застави рухомого майна в німецькому праві

А ось для рухомого майна, згідно з §1205 ГГУ, потрібна передача речі як засіб публічності встановлення застави⁶⁹. Ці норми є більш жорсткими, ніж при забезпечувальній передачі права власності, де передача через власницький конститут⁷⁰ неможлива⁷¹. Передача речі означає перехід у безпосереднє володіння⁷².

Застава припиняється і при поверненні заставленої речі власнику — навіть якщо це сталося помилково⁷³.

⁶⁰ *Zwolve/Sirks*, с. 407. Можливий також власницький конститут, там само, с. 408

⁶¹ *Zwolve/Sirks*, с. 408.

⁶² У якому майже не було різниці з *hypoteca*, *Zwolve/Sirks*, с. 408.

⁶³ *Prior tempore portior iure*; *Zwolve/Sirks*, с. 408 f.

⁶⁴ *Zwolve/Sirks*, с. 409.

⁶⁵ *Fiducia cum creditore*, *Zwolve/Sirks*, с. 409. Про *fiducia cum creditore*, *ibid.* с. 403-406. У германському праві, навпаки, наявність суворих вимог до публічності застави рухомого майна дала імпульс поширенню забезпечувальної передачі права власності та забезпечувальному збереженню права власності як гарантії виконання зобов'язань; *Baur/Stürner*, § 55, номер на полях 6аа (там само), с. 750.

⁶⁶ *Zwolve/Sirks*, с. 410.

⁶⁷ За часів імператора Східної Римської імперії Леона I, правління 457–474 рр.

⁶⁸ *Zwolve/Sirks*, с. 410

⁶⁹ *Baur/Stürner*, § 55, номер на полях 6аа, с. 749. Передача володіння, мабуть, бере свій початок у статутах (*Satzung*) давнього німецького права; *Meibom, Viktor von: Das deutsche Pfandrecht* [Мейбом, Віктор Заставне право в Німеччині]; *Marburg* 1867, с. 249 f.; 317 f.

⁷⁰ § 930 BGB.

⁷¹ *Baur/Stürner*, § 55, номер на полях 6аа, с. 750.

⁷² I. S. d. § 854 абз. 1 і 2 BGB; *Baur/Stürner*, § 55, номер на полях 17аа, с. 756.

⁷³ *Baur/Stürner*, § 55, номер на полях 6аа, с. 750.

С. Реєстри заставних прав на рухоме майно в Німеччині

У Німеччині застава рухомого майна сконструйована як власницька застава з обов'язковим наданням безпосереднього володіння заставленою річчю⁷⁴. Через непрактичність цієї норми широкого поширення набуло забезпечувальне використання рухомого майна у формі речового забезпечення, за якого боржник залишається власником речі (*Sicherungs bereignung*)⁷⁵.

Однак за німецьким законодавством у деяких випадках ведуться реєстри прав, зокрема заставних, на рухоме майно⁷⁶. Два приклади таких реєстрів рухомого майна – судна і літаки – будуть детальніше розглянуті нижче, як приклади конкретного регулювання.

І. Кораблі

Корабель – це засіб пересування і, отже, рухомий об'єкт. З іншого боку, суднобудування багато в чому схоже зі зведенням будинку, зокрема, у фінансовому плані: судно служить будинком для багатьох людей на більш-менш тривалий термін, а також місцем зберігання товарів і вантажів. Тому законодавство багато в чому прирівнює судна до нерухомості⁷⁷. Для Covered Bonds вимоги, забезпечені заставою суден, вже визнаються належними активами покриття відповідно до ст. 129 абз. 1 подабз. 1g CRR⁷⁸.

1. Судновий реєстр⁷⁹

Окремі реєстри ведуться для каботажних і морських суден⁸⁰. Торгові судна та інші судна, призначені для морського судноплавства, заносяться до морського реєстру,

⁷⁴ § 1205 BGB.

⁷⁵ *Prütting*, с. 184 f., номер на полях 409, 410.

⁷⁶ *Baur/Stürner*, § 14, номер на полях 5, с. 168; § 55, номер на полях 6 (літ. bb), с. 750. Слід також згадати про раніше можливу заставу невеликих залізниць, див. *Lassen, Tim: Die Entwicklung des Insolvenzvorrechts für Pfandbriefgläubiger in Deutschland* [Лассен, Тім: Розвиток переважного права інвесторів у пфандбрифи в Німеччині] в: *Lassen/Thurner, FS Stöcker*, с. 55-101 (с. 65-67).

⁷⁷ *Baur/Stürner*, § 31, номер на полях 1, с. 405.

⁷⁸ Судновий пфандбриф був передбачений ще при набранні чинності Законом у 2005 р. (§§ 21-26 PfandBG). Ці норми сходили до Закону про судові банки (*Ship Pfandbrief Act, SchBkG*) від 14 серпня 1933 р., RGBl. 1933 I 583-590. SchBkG був скасований ст. 18 № 7 Закону про реорганізацію законодавства про пфандбрифи від 22 травня 2005 р., BGBl. 2005 I 1373 - 1393, 1392 права колонка. Ст. 1 цього закону ввела в дію новий Закон про пфандбрифи (PfandBG), BGBl. 2005 I 1373 - 1393 (1373 - 1388). Юридичні матеріали, що стосуються Закону про пфандбрифи 2005 р., в повному обсязі можна знайти в *Verband deutscher Pfandbriefbanken: Das Pfandbriefgesetz - Texts and Materials* [Закон про пфандбрифи – тексти та матеріали]; Frankfurt am Main 2005 (ред. Lassen).

⁷⁹ Підстави містяться в Законі про права на зареєстровані та споруджувані судна від 15 листопада 1940 р. (SchRG, RGBl. 1940 I 1499 - 1510) та Правилах судового реєстру від 19 грудня 1940 р. (SchRegO; RGBl. 1940 I 1591 - 1602; публікація нової редакції від 26 травня 1994 р., BGBl. 1994 I 1133 - 1143) та Постанова про введення в дію Правил судового реєстру від 24 листопада 1980 р. (SchRegDV; BGBl. 1980 I 2169 - 2177; нова редакція від 30 листопада 1994 р., BGBl. 1994 I 3631 - 3652; зміни від 20 лютого 1995 року; BGBl. 1980 I 249).

⁸⁰ § 3 абз. 1 SchRegO. Судові реєстри зазвичай ведуться місцевими судами, § 1 абз. 1 SchRegO.

якщо вони ходять⁸¹ або мають право ходити під німецьким прапором⁸². Судна, призначені для плавання по річках та інших внутрішніх водних шляхах, заносяться до реєстру каботажних суден, якщо вони відповідають певним вимогам⁸³. Суд, що веде реєстр, зобов'язаний видати свідоцтво про реєстрацію⁸⁴.

Публічність судового реєстру: як і поземельна книга⁸⁵, судовий реєстр користується (позитивним і негативним) публічною довірою щодо правильності та повноти⁸⁶. Тим самим сумлінний набувач⁸⁷ захищений довірою до змісту судового реєстру⁸⁸. Якщо відомості в реєстрі неправильні⁸⁹, можна клопотати про внесення виправлення⁹⁰, яке може бути оскаржене⁹¹.

Судові реєстри⁹² містять **три** стандартні розділи:

1. Відомості, які дають змогу ідентифікувати судно або корабель, що будується⁹³.
2. Відомості про власника (власників)⁹⁴.
3. Відомості про корабельну ипотеку.

Для внесення уповноважених осіб до реєстру існує порядок, що встановлює обсяг відомостей, необхідних при реєстрації⁹⁵.

⁸¹ Підняття федерального прапора регулюється Законом про прапор для морських суден та управління прапором суден внутрішнього плавання від 8 лютого 1951 р. (BGBl. 1951 I 79 - 82; нова редакція від 26 жовтня 1994 р., BGBl 1994 I 3140 - 3145; Закон про прапор, FlaggRG) Морські судна зобов'язані плавати під прапором Німеччини, якщо їх власник є громадянином Німеччини і проживає в Німеччині; до таких прирівнюються товариства з правом здатністю та юридичні особи, зареєстровані в Німеччині, якщо ці компанії контролюються громадянами Німеччини (§ 1 FlaggRG). Морські судна допускаються до плавання під прапором Німеччини, якщо їх власниками є спадкові спільноти, в яких громадянам Німеччини належить більше половини прав, а їх представниками можуть бути тільки громадяни, які проживають у Німеччині (§ 2 абз. 1 п.1 FlaggG), а до громадян Німеччини прирівнюються громадяни іншої держави ЄС (п. 2) або юридична особа в іншій державі ЄС (п. 3).

⁸² § 3 абз. 2 SchRegO.

⁸³ § 3 абз. 3 SchRegO. Це вантажні судна вантажопідйомністю не менше 10 тонн (п. 1), не-вантажні судна водотоннажністю не менше 5 м³ (п. 2), а також буксири, танкери і буксирно-штовхачі (п. 3).

⁸⁴ Для морських суден: судове свідоцтво, для каботажних суден: судовий сертифікат; § 60 SchRegO.

⁸⁵ § 891 BGB.

⁸⁶ § 15 SchRG, Baur/Stürner, § 31, номер на полях 4, с. 406.

⁸⁷ Див. §§ 892; 893 BGB.

⁸⁸ §§ 16; 17 SchRG, Baur/Stürner, § 31, номер на полях 4, с. 406.

⁸⁹ Порівняйте § 894 BGB.

⁹⁰ § 18 SchRG.

⁹¹ § 21 SchRG.

⁹² Морський реєстр, реєстр внутрішніх водних шляхів, реєстр суднобудування.

⁹³ §§ 27; 34; 51 SchRegDV.

⁹⁴ §§ 28; 35; 52 SchRegDV.

⁹⁵ § 16 SchRegDV.

Для переходу права власності на морське судно, внесенне до реєстру, достатньо угоди між власником і набувачем⁹⁶. Реєстрація нового власника і переходу права власності не є обов'язковими; перереєстрація можлива і бажана у зв'язку з вимогою публічності⁹⁷, але вважається лише коригуванням реєстру⁹⁸.

У випадку із зареєстрованими каботажними суднами, навпаки, потрібна угода між власником і набувачем, а також внесення запису до реєстру річкових суден⁹⁹.

2. Корабельна іпотека¹⁰⁰

Зареєстровані морські судна та каботажні судна можуть бути обтяжені корабельною іпотекою для забезпечення вимог¹⁰¹. Для створення корабельної іпотеки потрібні угода сторін і запис у судовому реєстрі¹⁰². Корабельна іпотека також може бути встановлена і на судно, що будується¹⁰³. Для цього запис вноситься до суднобу-

⁹⁶ § 2 абз. 2 SchRG. Кожна зі сторін може вимагати, щоб за її рахунок був складений публічний нотаріально завірений акт купівлі-продажу, § 2 абз. 2 SchRG.

⁹⁷ §§ 15 - 17 SchRG.

⁹⁸ Baur/Stürner; § 31, номер на полях 7, с. 407. Публічна довіра до судового реєстру не втрачає чинності через можливість передачі права власності поза реєстром: третя особа може і надалі вважати, що зареєстрований власник є справжньою уповноваженою особою (приклад див.: Baur/Stürner, § 31, номер на полях 9, 10, с. 407).

Це положення, яке порушує принцип реєстрації та принцип фактичної передачі, покликане спростити відчуження морського судна (ibid.). Якщо морське судно не зареєстроване в судовому реєстрі і сторони домовилися про цю процедуру (так звана подвійна угода; § 929a (1) BGB), то і тут діє принцип простої угоди, в іншому випадку діють звичайні положення BGB про передачу права власності (ibid.). Відповідними спеціальними положеннями є §§ 929a; 932a BGB. Див. також Prütting, номер на полях 292, с. 122

⁹⁹ § 3 абз. 1 SchRG. До реєстрації сторони пов'язані угодою тільки в тому випадку, якщо заява була нотаріально завірена, зроблена перед реєструючим судом або подана до суду, що здійснює реєстрацію, або якщо власник видав набувачеві дозвіл на реєстрацію (§ 3 (2) SchRG). Тож, діють ті самі принципи й щодо нерухомості; для незареєстрованих каботажних суден перехід права власності відбувається відповідно до норм §§ 929 - 931 BGB (Baur/Stürner, § 31, номер на полях 8, с. 407).

¹⁰⁰ Про заставні права на судна в CRR: Fischer, Reinfrid / Schulte-Mattler, Hermann: KWG- CRR – коментар до Закону про кредитну справу, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) та підзаконні акти. том 2; 6-те вид. Мюнхен 2023 - § 129 CRR, номер на полях 59 с. 552 f. (ред. Hagen).

¹⁰¹ § 8 абз. 1 SchRG. Також можливе обтяження частки у спільній власності (§ 8 SchRG) та створення корабельної іпотеки для вимоги за борговим зобов'язанням (облігації) на пред'явника, § 72 SchRG.

¹⁰² § 8 абз. 2 у поєднанні з § 3 SchRG.

¹⁰³ Судно, що знаходиться на верфі в процесі будівництва, § 76 абз. 1 SchRG. Норма також діє щодо плавучих доків, що знаходяться в процесі будівництва § 81a SchRG. Після завершення будівництва застава зберігає своє старшинство, § 81 SchRG.

дівного реєстру¹⁰⁴, а не до судового реєстру¹⁰⁵. Можлива іпотека корабля на користь третіх осіб¹⁰⁶.

Корабельна іпотека використовується для забезпечення вимоги і, по суті, є акцесорною¹⁰⁷. Однак корабельна іпотека може бути встановлена на максимальну суму¹⁰⁸ або також замінювати забезпечену вимогу¹⁰⁹, зокрема, із заміною кредитора¹¹⁰. У загальному випадку корабельна іпотека припиняється при погашенні вимоги¹¹¹ або при відмові від такої¹¹². Однак, якщо корабельна іпотека не була видалена з реєстру після погашення вимоги, власник може в межах суми попереднього обтяження встановити нову корабельну іпотеку того самого старшинства¹¹³.

¹⁰⁴ Суднобудівний реєстр, § 65 абз. 1 SchRegO.

¹⁰⁵ § 77 SchRG. Реєструвати право власності на судна, що будуються, не потрібно: запис до суднобудівного реєстру вноситься тільки в разі, якщо одночасно реєструється іпотека на судно, що будується, або за наявності клопотання про його примусовий продаж (§ 66 SchRegO).

¹⁰⁶ Це не регулюється прямо в SchRG, але випливає з норм, що стосуються даного випадку, наприклад, нормою §§ 41; 55 абз. 2 SchRG (пред'явлення власником заперечень боржника, обмін забезпеченої вимоги).

¹⁰⁷ Навіть суворо акцесорний (Prütting, номер на полях 777, с. 363). Про поняття та форми акцесорності: Stöcker, Otmar M. / Stürner, Rolf: Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa [Штекер, Отмар / Штюрмер, Рольф Гнучкість, надійність та ефективність застави нерухомості в Європі] - том III, 3-тє вид. Berlin 2012 (том 50 Збірник публікацій vdp), с. 49 - 64; www.vdpmortgage.com - Questionnaire - Chapter III. Effects of Accessoriness, passim. У порівнянні з іншими спробами розмежування: Lassen/Seeber, с. 108-111.

Щоб отримати необхідну гнучкість при фінансуванні суден на практиці, корабельна іпотека забезпечує абстрактну вимогу, яка, у свою чергу, базується на конкретній вимозі по кредиту. Згідно з нормами зобов'язального права абстрактна вимога і кредит пов'язані між собою. Така конструкція дає змогу за потреби вносити зміни і доповнення в кредитну вимогу тільки за згодою сторін без внесення змін до зареєстрованої корабельної іпотеки. Ці конструкції є належними активами у складі покриття корабельних заставних листів відповідно до § 26 абз. 1 реч. 1 п. 1 PfandBG.

¹⁰⁸ § 75 SchRG.

¹⁰⁹ § 55 абз. 1 реч. 1 SchRG. Це підлягає реєстрації, § 55 абз. 1 реч. 2 SchRG.

¹¹⁰ Норма § 55 абз. 2 SchRG вимагає згоди колишнього кредитора корабельної іпотеки.

¹¹¹ § 57 абз. 1 реч. 1 SchRG.

¹¹² § 57 абз. 2 SchRG. Відхиляючись від норми § 1163 ГГУ, корабельна іпотека не переходить до власника.

¹¹³ § 57 абз. 3 реч. 1 перша частина SchRG. Prütting, номер на полях 778, с. 363, бачить в цьому істотний наслідок іпотеки, що переходить до власника після погашення вимоги. Така можливість існує і в разі спільної корабельної іпотеки, але тільки для кожного власника на своє судно і відповідну частину суми, § 68 SchRG.

При передачі права вимоги корабельна іпотека переходить до нового кредитора; цей перехід потребує реєстрації¹¹⁴. Вимога не може бути передана без переходу корабельної іпотеки, і навпаки¹¹⁵.

Якщо є обтяження декількома корабельними іпотеками, то їх старшинство визначається черговістю записів, причому в подальшому можлива зміна черговості старшинства¹¹⁶. Також можливе створення спільної корабельної іпотеки на кілька суден¹¹⁷. Корабельна іпотека поширюється на приналежності та страхові вимоги¹¹⁸.

II. Повітряні судна

У галузі повітроплавання є два реєстри: для реєстрації повітряних суден¹¹⁹ існує каталог літальних апаратів¹²⁰, а заставні права на них заносяться до реєстру заставних прав на літальні апарати¹²¹.

На повітряні судна, внесені до каталогу літальних апаратів або до реєстру заставних прав на літальні апарати, поширюються¹²² положення про рухоме майно¹²³.

1. Каталог літальних апаратів¹²⁴

Тільки літаки, зареєстровані в каталозі літальних апаратів¹²⁵, мають право використовувати повітряний простір Німеччини¹²⁶. Літальний апарат підлягає реєстрації¹²⁷, якщо його власником є громадянин Німеччини або вітчизняна юридична особа, або товариство, контрольоване громадянами Німеччини¹²⁸.

¹¹⁴ § 51 абз. 1 і 3 SchRG.

¹¹⁵ § 51 абз. 2 SchRG.

¹¹⁶ § 26 абз. 1 реч. 1 і 2 SchRG. Можливе також застереження про старшинство, § 27 SchRG.

¹¹⁷ § 28 абз. 1 SchRG.

¹¹⁸ §§ 31; 32 SchRG.

¹¹⁹ До повітряних суден належать літаки, дирижаблі, планери, мотопланери, прив'язні та безприв'язні аеростати, авіаспортивний інвентар §1 абз.2 LuftVG.

¹²⁰ Список літаків Німеччини, § 2 абз. 1 реч. 1 LuftVG.

¹²¹ Далі: LuftFzgPfrReg.

¹²² Якщо інше не передбачено законом.

¹²³ § 98 абз.1 предл. 1 LuftFzgG.

¹²⁴ Правовою основою є Закон про повітроплавання від 1 серпня 1922 р. (LuftVG, RGBI. 1922 I 681 - 687; оновлена версія від 10 травня 2007 р., BGBl. 2007 I 698 - 731) та Положення про ліцензування повітряного руху від 19 червня 1964 р. (LuftVZO, BGBl. 1964 I 370 - 392; оновлена версія від 10 липня 2008 р., BGBl. 2008 I 1229 - 1280).

¹²⁵ Або в каталозі авіаспортивного інвентарю, § 1 абз. 2 п.10 LuftVG.

¹²⁶ §§ 1с п. 1; 2 абз. 1 LuftVG.

¹²⁷ Внесення до каталогу літальних апаратів регулюється § 3 абз.1 LuftVG.

¹²⁸ § 3 абз. 1 п. 1 LuftVG. Громадяни інших країн ЄС прирівняні, § 3 абз. 1 реч. 2 LuftVG.

Каталог літальних апаратів¹²⁹ ведеться Федеральним відомством цивільної авіації¹³⁰. Відомості з каталогу літальних апаратів¹³¹ також використовуються у випадках надання інформації¹³² з метою ідентифікації осіб — власників або операторів повітряного судна¹³³, власників або операторів літальних апаратів¹³⁴ або даних про літальний апарат¹³⁵.

До каталогу літальних апаратів вноситься тільки власник літального апарату, і цей запис служить дозволом на його використання¹³⁶. Право власності не встановлюється записом у каталозі літальних апаратів або в реєстрі повітряних суден. Власник повинен довести наявність права власності¹³⁷. Докази мають бути надані по всьому ланцюжку юридичних дій; у випадку багаторазової передачі права власності всі правові угоди мають бути підтверджені документально¹³⁸.

¹²⁹ Каталог літальних апаратів і каталог авіаспортивного інвентарю об'єднані в реєстр повітряних суден, який ведеться Федеральним відомством цивільної авіації (LBA), § 64 абз. 1 предл. 1 LuftVG.

¹³⁰ LBA (Luftfahrt-Bundesamt) було засновано федеральним законом від 30 листопада 1954 р. (LFBAG, BGBl. 1954 I 354) як вищий федеральний орган виконавчої влади у сфері цивільної авіації. Знаходиться у віданні Федерального міністерства цифрових технологій і транспорту (BMDV). Ведення реєстру передбачено нормою § 2 абз. 1 п. 3 LFBAG.

¹³¹ У реєстрі повітряних суден зберігаються, зокрема, відомості про повітряне судно, ім'я та адреса власника, § 64 абз 3 п. 1, п. 5 LuftVG. Каталог літальних апаратів містить також іншу інформацію (включаючи місцезнаходження, мету використання, страхування відповідальності), § 64 абз. 4 LuftVG.

¹³² § 64 абз.2 LuftVG.

¹³³ § 64 абз.2 п. 1 LuftVG.

¹³⁴ § 64 абз.2 п. 2 LuftVG.

¹³⁵ § 64 абз.2 п. 3 LuftVG.

¹³⁶ Запис до реєстру повітряних суден вноситься ex officio Федеральним відомством цивільної авіації, коли повітряне судно отримує льотний сертифікат, § 14 абз. 1 LuftVZO; § 64 абз. 1 LuftVG.

¹³⁷ www.lba.de, Сервіс, Питання та відповіді, Техніка, Дозвіл на експлуатацію: Як зареєструватися в авіаційному реєстрі Федеративної Республіки Німеччина? [Сервіс, Питання та відповіді, Техніка, Дозвіл: Як отримати реєстрацію в авіаційному реєстрі Федеративної Республіки Німеччина?] (Посилання перевірено 31.07.2024).

¹³⁸ www.lba.de, Сервіс, Питання та відповіді, Техніка, Дозвіл на експлуатацію: Чи повинні всі проміжні власники підписувати документи для підтвердження набуття права власності у разі багаторазової передачі права власності? (Посилання перевірено 31.07.2024).

2. Зареєстрована застава та реєстр заставних прав¹³⁹

Зареєстроване у каталозі літальних апаратів¹⁴⁰ повітряне судно¹⁴¹ може бути обтяжене заставою¹⁴² для забезпечення вимоги¹⁴³.

а. Зареєстрована застава

Застава на повітряне судно, внесене до каталогу літальних апаратів, може бути встановлена тільки відповідно до норм Закону про права на повітряні судна (LuftFzG)¹⁴⁴. Зареєстрована застава встановлюється за згодою між власником і кредитором шляхом внесення її до реєстру заставних прав на повітряні судна¹⁴⁵.

Оскільки зареєстрована застава може служити тільки для забезпечення вимоги, то — на відміну від неакцесорної застави нерухомості за німецьким правом (Grundschild) — це право є акцесорним¹⁴⁶. При передачі права вимоги зареєстрована застава переходить до нового кредитора¹⁴⁷, передача підлягає реєстрації¹⁴⁸. Зареєстрована застава припиняється одночасно з погашенням вимоги або при її задо-

¹³⁹ Правовою основою є Закон про права на повітряні судна від 26 лютого 1959 р. (LuftFzG, BGBl. 1959 I 57 - 72) та Постанова про створення та ведення Реєстру застав повітряних суден від 2 березня 1999 р. (Luftfahrzeugpfandrechtsregisterverordnung - LuftRegV, BGBl. 1999 I 279 - 286).

¹⁴⁰ Див. §§ 79; 80 LuftFzG.

¹⁴¹ Зареєстрована застава може бути поширена на запасні частини, що знаходяться на складі запасних частин у певному місці; для цього потрібні домовленість сторін і запис про таке доповнення в LuftFzGPfR (§ 68 LuftFzG).

¹⁴² Ця застава на повітряне судно називається в законодавстві зареєстрованою заставою, § 1 LuftFzG.

¹⁴³ § 1 LuftFzG.

¹⁴⁴ § 9 абз. 1 LuftFzG. Можлива реєстрація загальної застави декількох літаків (§ 28 LuftFzG), а також встановлення застави на користь третьої особи § 44 LuftFzG. Зареєстрована застава також поширюється на інвентар і вимоги з договорів страхування, §§ 31; 32 LuftFzG.

¹⁴⁵ § 5 абз. 1 LuftFzG. До реєстрації угоди її учасники пов'язані зобов'язаннями тільки за наявності нотаріально завірених заяв, або заяв, зроблених перед реєструючим судом або поданих до суду, або за наявності у кредитора офіційно засвідченого або офіційно завіреного дозволу власника на реєстрацію (§ 5 абз. 2 LuftFzG).

¹⁴⁶ Проте акцесорність зареєстрованої застави послаблена: встановлення застави на максимальну суму можливе (§ 3 LuftFzG), але право кредитора обмежене сумою вимоги (§§ 3, 4 LuftFzG).

Як і у випадку з корабельною іпотекою, на практиці при фінансуванні повітряних суден зареєстрована застава забезпечувала абстрактну вимогу, яка, в свою чергу, пов'язана з базовою кредитною вимогою нормами зобов'язального права. Така конструкція дає змогу гнучко змінювати і доповнювати кредитну вимогу тільки за згодою сторін, не змінюючи зареєстроване право на заставу. Відповідно до правил фінансування суден, зареєстровані права на заставу повітряних суден, структуровані таким чином, також є допустимими активами покриття для авіаційних pfandbriefe, § 26f абз. 1 реч. 1 п. 1 PfandBG.

¹⁴⁷ Право вимоги не може бути передане без зареєстрованого права застави і навпаки, § 51 абз. 2 LuftFzG. Виняток становить застава на максимальну суму, § 51 абз. 4 LuftFzG.

¹⁴⁸ § 51 абз. 1 і 3 LuftFzG.

воленні в примусовому порядку¹⁴⁹, а також при збігу зобов'язання і застави в одній особі (конфuzія)¹⁵⁰. Добросовісне необтяжене придбання повітряного судна неможливе, якщо застава є зареєстрованою¹⁵¹.

У разі декількох зареєстрованих застав старшинство застави визначається черговістю записів¹⁵². Черговість старшинства можна змінити¹⁵³.

б. Реєстр заставних прав на повітряні судна¹⁵⁴

Зареєстрована застава¹⁵⁵ підлягає внесенню до Реєстру заставних обтяжень повітряних суден (LuftFzgPfrReg)¹⁵⁶; при цьому вказуються кредитор і сума грошової вимоги, включаючи відсотки¹⁵⁷.

Щодо реєстрації заставних прав Реєстр користується позитивною і негативною публічною довірою¹⁵⁸. Для набувача зареєстрованої застави¹⁵⁹ і в разі примусового стягнення¹⁶⁰ це поширюється і на власність, внесену до Реєстру¹⁶¹.

Реєстраційним судом є суд міста Брауншвейг¹⁶². Реєстраційний суд повідомляє Федеральне відомство цивільної авіації та власника про реєстрацію¹⁶³.

¹⁴⁹ § 57 LuftFzgG. Якщо кредитор задоволений, власник може вимагати передачі документів, необхідних для погашення запису в заставному реєстрі, § 45 LuftFzgG.

¹⁵⁰ § 63 абз. 1 LuftFzgG.

¹⁵¹ § 98 абз. 1 реч. 2 LuftFzgG виключає застосування § 936 BGB.

¹⁵² § 25 абз. 1 LuftFzgG.

¹⁵³ § 26 LuftFzgG. Також можливе застереження про старшинство, § 27 LuftFzgG.

¹⁵⁴ Далі LuftFzgPfrReg.

¹⁵⁵ § 24 абз. 1 предл. 1 LuftFzgG.

¹⁵⁶ § 5 абз. 1 LuftFzgG.

¹⁵⁷ При заставі на максимальну суму ця сума в повному обсязі вноситься до заставного реєстру. Якщо передбачені додаткові вимоги, їх грошовий еквівалент також підлягає внесенню до реєстру, § 24 абз. 1 реч. 1 друга частина LuftFzgG.

¹⁵⁸ § 15 абз. 1 і 2 LuftFzgG.

¹⁵⁹ Або для особи, яка в результаті юридичної угоди набуває право на зареєстровану заставу.

¹⁶⁰ § 48 LuftFzgG.

¹⁶¹ § 16 абз. 1 перша половина речення LuftFzgG. Це стосується випадків, коли заперечення не були зареєстровані, і покупець не діє недобросовісно (§ 16 абз. 1 друга половина речення LuftFzgG). Те саме стосується випадків, коли уповноважена сторона або власник обмежені в розпорядженні, зареєстрованим правом або повітряним судном, § 16 абз. 1 речення 2 LuftFzgG.

¹⁶² Там розташований центральний офіс Федерального відомства цивільної авіації (§ 78 LuftFzgG).

¹⁶³ § 83 LuftFzgG. Місцевий суд надсилає повідомлення про реєстрацію до Федерального відомства цивільної авіації. Реєстраційний номер застави вноситься до реєстру повітряних суден; див. www.lba.de, Service, Fragen und Antworten, Technik, Verkehrszulassung: Wie lasse ich ein Pfandrecht auf mein Luftfahrzeug eintragen? [Сервіс, Питання та відповіді, Техніка, Ліцензія на рух: Як зареєструвати заставу на моє повітряне судно?] (Посилання перевірено 31.07.2024).

Якщо в реєстрі повітряних суден змінюються дані, важливі для реєстрації застави, зокрема, ім'я та місце перебування власника¹⁶⁴, Федеральне відомство повинно звернутися до реєстраційного суду з проханням змінити відповідні дані в реєстровому записі¹⁶⁵. Якщо повітряне судно, обтяжене заставою, виключається з реєстру повітряних суден, місцевий суд повинен дати попередню згоду¹⁶⁶.

Реєстр є публічним, і будь-хто може ознайомитися з ним¹⁶⁷.

Реєстр заставних обтяжень повітряних суден складається з двох розділів:

1. Перший розділ:

Колонка 1: детальні відомості про повітряне судно з каталогу літальних апаратів¹⁶⁸.

Колонка 2: ім'я та місце проживання власника, зазначені в каталозі літальних апаратів, а також інші важливі відмінні ознаки власника¹⁶⁹.

Колонка 4: дата та підстава внесення запису («а»), зміни в графах 1 і 2 («b», «c»), обмеження в праві розпорядження власністю («d»)¹⁷⁰.

2. Другий розділ:

Колонка 2: сума зареєстрованої застави¹⁷¹.

Колонка 3: інформація про загальну заставу та поширення її на склади запасних частин¹⁷².

З точки зору Директиви про Covered Bonds, повітряні судна¹⁷³ входять до складу покриття високої якості. Завдяки веденню Реєстру заставних обтяжень повітряних суден (LuftFzgPfrR) забезпечується ідентифікація повітряного судна, розмежовуються права власності, визнаються і виокремлюються обтяження та забезпечується реалізація прав на зареєстровану заставу. Таким чином, він є публічним реєстром відповідно до норми § 6 абз. 3 Директиви CBD. Тому в разі внесення до нього застави

¹⁶⁴ Це правило стосується і погашення запису в каталозі літальних апаратів, § 91 LuftFzgG.

¹⁶⁵ § 90 абз. 1 LuftFzgG.

¹⁶⁶ www.lba.de, Service, Fragen und Antworten, Technik, Verkehrszulassung: Wie lasse ich ein Pfandrecht auf mein Luftfahrzeug eintragen? [Сервіс, Питання та відповіді, Техніка, Ліцензія Як зареєструвати заставу на літак?] (Посилання перевірено 31.07.2024).

¹⁶⁷ § 85 абз.1 LuftFzgG.

¹⁶⁸ § 3 абз.1 п. 1 LuftRegV.

¹⁶⁹ § 3 абз.1 п. 2 LuftRegV.

¹⁷⁰ § 3 абз.1 п. 4 LuftRegV.

¹⁷¹ § 3 абз. 2 п.2 LuftRegV.

¹⁷² § 3 абз. 2 п. 3 LuftRegV.

¹⁷³ Допускається приймати до складу покриття тільки літаки, але не планери або дирижаблі, § 26b абз. 1 PfandBG.

повітряних суден об'єкт застави вважається належним активом покриття Covered Bonds¹⁷⁴ відповідно до § 6 абз. 1b CBD¹⁷⁵.

D. Підсумок

1. Резюме

Питання про забезпечувальні права на рухоме майно знову набуло актуальності у зв'язку зі зростаючим поширенням систем генерації з ВДЕ, які відповідно до німецького законодавства зазвичай розглядаються як рухоме майно.

Паралельно в ЄС нормами Директиви CBD встановлено мінімальний стандарт вимог до реєстрів застави рухомого майна.

У Німеччині застава рухомого майна в загальному випадку є власницькою заставою. Виняток було зроблено для особливо важливих господарських об'єктів (кораблі та літаки), щодо яких діяли особливі правила застави, що відступають від норм ГГУ. Тільки за умови, що судна або літаки не внесені до реєстру, в принципі можлива застава відповідно до загальних положень ГГУ про рухоме майно. Для іншого рухомого майна практика виробила забезпечувальну передачу права власності кредитору, яка не регулюється законом.

2. Міркування щодо реєстру прав на рухоме майно

На основі норм інших юрисдикцій в ЄС та за його межами, нижче наведено деякі абстрактні міркування щодо того, як може бути структурований реєстр прав на рухоме майно¹⁷⁶:

- Державний, загальнонаціональний електронний реєстр¹⁷⁷.
 - Ведеться місцевими судами, нотаріусами або уповноваженими на це особами.
 - Розділи:
 - активи (ідентифікація);
 - власність (із зазначенням власників);
 - обтяження (розмір, розмежування за особами та черговістю порядку задоволення);
- можливості для реалізації прав на забезпечення¹⁷⁸.

¹⁷⁴ У Німеччині авіаційний пфандбриф вже був уведений у дію поправкою до PfandBG 2009 I (§§ 26a - 26f PfandBG): Закон про подальший розвиток законодавства про пфандбрифи від 20 березня 2009 р., BGBl. 2009 I 607 - 629. Законодавчі норми див. Lassen, Tim (ред.): 10 Jahre Pfandbriefgesetz - Texts and Materials [10 років закону про пфандбрифи: тексти та матеріали], Berlin 2015, с. 47 - 159, про авіаційний пфандбриф: с. 74-77.

¹⁷⁵ Див. також Stöcker, Частина 1; EuZW 2020, с. 752 т. w. N.; у виводі 39 до питання про те, що за німецьким законодавством право власності та право застави щодо повітряних суден фігурують у різних реєстрах. Про забезпечувальні права в інших країнах: там само, примітка 38 і в пояснювальному меморандумі, передрукованому в: Lassen, 10 Jahre Pfandbriefgesetz, с. 75 і наступні.

¹⁷⁶ Основа цих міркувань була розроблена д-ром Отмаром Штекером (керівник vdr до кінця квітня 2024 р.) під час поїздки на поїзді з Франкфурта-на-Майні до Берліна 07.06.2024 р. після загальних зборів vdr. Пізніше ці ідеї були конкретизовані адвокатами Моріцом Лео (заступник керівника відділу) і Пауліною Бітнер (юристка відділу «Склад покриття» vdr).

¹⁷⁷ Слід було б розглянути питання про те, чи можливе ведення такого реєстру з використанням технології блокчейну.

¹⁷⁸ Наприклад, порівняно з незареєстрованими правами.

- Внесення до реєстру є добровільним.
- Якщо предмет зареєстрований у реєстрі, записи стають обов'язковими для правовідносин¹⁷⁹.
- Власник або правовласник може самостійно (тобто без залучення нотаріуса) клопотати перед установою, яка веде реєстр, про внесення записів.

Такий реєстр можна буде вести щодо теплових насосів, СЕС та інших генераторів енергії, які виникнуть у майбутньому і віднесення яких до рухомого або нерухомого майна є проблематичним з точки зору юридичної догми. До нього можуть бути інтегровані й наявні реєстри рухомого майна. Крім реєстрів суден і літаків, до них належать, наприклад, Центральний реєстр транспортних засобів¹⁸⁰ або Реєстр базових ринкових даних¹⁸¹ ринку електроенергії та газу¹⁸².

Конкретні завдання та принципи функціонування такого реєстру можуть бути детально розглянуті в ході публічної дискусії, яку необхідно буде ініціювати.

REFERENCES

- Akzessorietät der Grundpfandrechte. (n.d.). *Part II: [Accessoriness of real estate liens]* (pp. 163–168). [in German].
- Association of German Pfandbrief Banks (vdp). (2024). *vdp Mortgage Questionnaire – Chapter VII, Questions 2, 3, 7, 10,11 (detailed view & explanation)*. <https://www.vdpmortgage.com> (Checked 01–02 August 2024). [in German].
- Baur, F. & Stürner, R. (2009). *Sachenrecht [Law of Property]* (18th ed.). Munich: C.H. Beck. [in German].
- Beaumont, J., Costa, C., Lassen, T. & Stöcker, O. (2024). Overview of covered bonds. In ECBC (European Covered Bond Council), *European Covered Bond Fact Book 2024* (19th ed., pp. 123–139). Brussels: ECBC. [in German].
- BMWK – Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action. (2016). *Direkt erklärt* [Newsletter article]. <https://www.bmwk-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2016/08/Meldung/direkt-erklart.html> [in German].
- Brinkmann, M., & Schmoeckel, M. (Eds.). (2020). *Registerwesen – Grundlagen, Rechtfertigung, Potential*. [Register Systems – Foundations, Justification, Potential] Baden-Baden: Nomos. [in German].
- Bundesgerichtshof. (2017, April 7). *Judgment V ZR 52/16*. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78372> [in German].
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (1900). [*German Civil Code*]. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> [in German].

¹⁷⁹ Потрібно з'ясувати, чи отримає цей реєстр позитивну та/або негативну публічну довіру.

¹⁸⁰ ZFZR, https://www.kba.de/DE/Themen/ZentraleRegister/ZFZR/zfzr_node.html (посилання перевірено 06.08.2024). Цей реєстр ведеться Федеральним відомством автомобільного транспорту.

¹⁸¹ MaStR, <https://www.marktstammdatenregister.de/MaStR> (посилання перевірено 8.06.2024), ведеться Федеральним мережевим агентством.

¹⁸² ZFZR і MaStR не передбачають реєстрацію заставних прав на внесені до них речі.

- Drobnig, U., & Böger, O. (Eds.). (2015). *Principles of European Law: Proprietary Security in Movable Assets* (Study Group on a European Civil Code). Munich: Sellier.
- European Commission. (2019). *Directive (EU) 2019/2162 on the issue of covered bonds and covered bond public supervision*. Summary retrieved from EUR-Lex. EUR-Lex [in English].
- European Parliament & Council. (2013). *Regulation (EU) No 575/2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms (CRR)*. *Official Journal of the European Union*, L 176, 1–337. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0575> [in English].
- European Union. (2019). *Regulation (EU) 2019/2160 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Regulation (EU) No 575/2013 as regards exposures in the form of covered bonds*. *Official Journal of the European Union*, L 328, 1–6. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/2160/oj> [in English].
- Fischer, R., & SchulteMattler, H. (Eds.). (2023). *KWG/CRR – Kommentar zum Kreditwesengesetz und zur Capital Requirements Regulation (EU)* [Commentary on the German Banking Act and the Capital Requirements Regulation (EU)] No. 575/2013 (Vol. 2, 6th ed.). Munich: C. H. Beck. [in German].
- Fischer, R., & Schulte-Mattler, H. (Eds.). (2023). *KWG/CRR – Kommentar zum Kreditwesengesetz und zur Capital Requirements Regulation (EU) No. 575/2013* (Vol. 2, 6th ed.). Munich: C.H. Beck. (§ 129 CRR, margin nos. 59, pp. 552–553). [in German].
- Germany. (1940). *Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (SchRG)*, RGBL. I 1499–1510. [in German].
- Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Flaggenrechtsgesetz – FlaggrG)* (1951). [Act on the entitlement of seagoing ships to fly the flag of the Federal Republic of Germany and the flying of flags by inlandwaterway vessels] (unofficial translation) BGBl. I 79–82. [in German].
- Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (SchRG)* (1900). [Law on Rights in Registered Ships and Ship Structures] (unofficial translation). <https://www.gesetze-im-internet.de/schrg/> [in German].
- Gesetz über Schiffspfandbriefe (SchBkG)* (1933). [Ship Banking Act] (unofficial translation), RGBL. I 579–580. (law repealed in 2005.) [in German].
- Gesetz zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts*, (2009). BGBl. [Act on the further development of the Pfandbrief law]. (unofficial translation) I 607–629. [in German].
- Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG)* [Real Estate Transfer Tax Act] (unofficial translation). <https://www.gesetze-im-internet.de/grestg/> [in German].
- Grüneberg, C. (Ed.). (2024). *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen* [Civil Code with supplementary laws] (83rd ed.). Munich: C.H. Beck. [in German].
- Lassen, T. (Ed.). (2005). *Verband deutscher Pfandbriefbanken: Das Pfandbriefgesetz – Texts and Materials*. Frankfurt am Main: vdp. [in German].
- Lassen, T., & Luckow, A. (2016). *Entwicklung des Runden Tisches Grundpfandrechte* [Development of the Round Table on real estate liens] In T. Lassen, A. Luckow, & M. Thurner (Eds.), *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus*. [in German].

- Lassen, T., & Seeber, T. (2022). Rechtsvergleichende Analyse europäischer Grundpfandrechte. [*Comparative legal analysis of European real estate liens*] *Zeitschrift für das Recht des Bauwesens*, 11, 103–126. [in German].
- Lassen, T., & Thurner, M. (Eds.). (2024). *Vom Hypothekbankgesetz zur Covered Bond Richtlinie – Liber amicorum Dr. Otmar Stöcker* [From the Mortgage Bank Act to the Covered Bond Directive – Liber amicorum Dr. Otmar Stöcker] (vdp publication series, Vol. 56). Berlin: vdp. [in German].
- Lassen, T., & Thurner, M. (Eds.). (n.d.). *Die Entwicklung des Insolvenzvorrechts für Pfandbriefgläubiger in Deutschland* [The development of insolvency priority rights for Pfandbrief creditors in Germany] In FS Stöcker (pp. 55–101). [in German].
- Lassen, T., & Thurner, M. (Eds.). (n.d.). *Festschrift Luckow*. [Festschrift for Luckow] [in German].
- Lassen, T., & Vinge, F. (n.d.). Nutzung von Objektgesellschaften (SPV) in der Immobilienfinanzierung. [Use of special purpose vehicles (SPV) in real estate financing] In Lassen, Luckow & Thurner (Eds.), *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus* (pp. 173–196). [in German]
- Luckow, A. (n.d.). *Die grundstücksgleichen Rechte beim Runden Tisch Grundpfandrechte*. [Rights equivalent to real property at the Round Table on real estate liens] [in German].
- Luftfahrt-Bundesamt (LBA). (2024). *Pfandrechtseintragung: How do I register a lien on my aircraft?* <https://www.lba.de> [in German].
- Luftfahrt-Bundesamt-Gesetz (LFBAG). (1954). *Federal Act establishing the Luftfahrt-Bundesamt* (unofficial translation) (BGBl. I 354). [in German]
- Luftfahrzeuggesetz (LuftFzG). (1959). [Aircraft Act] (unofficial translation). <https://www.gesetze-im-internet.de/luftfzg/> [in German]
- Luftfahrzeugpfandrechtsregisterverordnung (LuftFzGPfReg). [Ordinance on the Aircraft Mortgage Register] (unofficial translation) [in German]
- Luftfahrzeugpfandrechtsregisterverordnung (LuftRegV) (1999). [Ordinance on the Aircraft Mortgage Register] (unofficial translation) BGBl. I 279–286. [in German].
- Luftverkehrsgesetz (LuftVG). (1922/2007). [Aviation Act], RGBl. 1922 I 681–687; new version BGBl. I 2007, 698–731. [in German].
- Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (LuftVZO) (1964/2008). [Air Traffic Licensing Regulation] (unofficial translation), BGBl. I 370–392; revised 2008. [in German].
- MaStR. (2024). *Marktstammdatenregister (MaStR)*. [Core Energy Market Data Register] <https://www.marktstammdatenregister.de/MaStR> [in German].
- Meibom, V. von. (1867). *Das deutsche Pfandrecht*. [The German law of pledges] Marburg. [in German].
- Nagel, M. (2022). *Erbbaurechtsgesetz*. [Heritable Building Rights Act] Munich: C.H. Beck. [in German].
- Pfandbrief – vdp. (2024). [Pfandbrief Act] (PfandBG). [in German].
- Povlakić, M. (n.d.). *Erbbaurecht in Bosnia and Herzegovina – eine verpasste Chance (auch für die Kreditwirtschaft)*. [Heritable building rights in Bosnia and Herzegovina – a missed opportunity (also for the banking sector)] In FS Luckow (pp. 57–68). [in German].
- Prütting, H. (2024). *Sachenrecht* (38th ed.). [Property Law] Munich: C.H. Beck. [in German].

- Reymann, C. (2023). Eigentum an Energieerzeugungsanlagen und deren Bestandteilen – unter Berücksichtigung der Freiland-Photovoltaikanlagen-Entscheidung des BGH. [*Ownership of energy generation facilities and their components – considering the BGH decision on ground-mounted photovoltaic systems*] *Wertpapier-Mitteilungen*, 649–655. [in German].
- Schiffsregistergesetz (SchReg; SchRG) (1909). [Ship Register Act] (unofficial translation) of June 24, 1909. <https://www.gesetze-im-internet.de/schreg/> [in German].
- Schiffsregisterordnung (SchRegO) (1940). [Ship Register Ordinance] (unofficial translation) (SchRegO) of November 19, 1940 <https://www.gesetze-im-internet.de/schrego/> [in German].
- Schiffsregisterordnung (SchRegO) (1994, May 26). [Ship Register Ordinance] (unofficial translation) (as amended: BGBl. I 1994, 1133). <https://www.gesetze-im-internet.de/schrego/SchRegO.pdf> [gesetze-im-internet.de/2dejure.org+2](https://www.gesetze-im-internet.de/2dejure.org+2) [in German].
- Stöcker, O. (2020). *Teil 1, EuZW 2020, S. 751. Überblick über die CRR-Regelungen zu gedeckten Schuldverschreibungen* [Overview of CRR rules regarding covered bonds] https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/bankaufsichtsrecht/CRD-CRR/besondere_crr_regelungen.html [in German].
- Stöcker, O. (2020). *EU-Harmonisierung von gedeckten Schuldverschreibungen* [EU harmonization of covered bonds] *EuZW*, Part 1, 749–756; Part 2, 793–797. [in German].
- UNCITRAL. (2004). *Model Law on Secured Transactions*. [in English].
- UNCITRAL. (2014). *Guide on the Implementation of a Security Rights Registry*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/security-rights-registry-guide-e.pdf> [in English].
- vdp – Verband deutscher Pfandbriefbanken. (n.d.). *Round Table Covered Bond Legislation (RT CBL) Questionnaire*. [in German]. <https://rtcbl.pfandbrief.de/questionnaire/> [in German].
- vdp – Verband deutscher Pfandbriefbanken. (n.d.). *vdpmortgage: The database for international comparison of security rights over immovable property* <https://www.vdpmortgage.com/> [in English].
- Verband deutscher Pfandbriefbanken. (2023, August 30). *Comparison of European covered bond legislation for free*. <https://www.pfandbrief.de/en/comparison-of-european-covered-bond-legislation-for-free/> [in German].
- Verordnung zur Durchführung der Schiffsregisterordnung (SchRegDV) (1980). BGBl. I 2169–2177 (rev. 1994). [Ship Certificate] (unofficial translation) <https://www.gesetze-im-internet.de/schregdv/> [in German].
- Verordnung zur Durchführung der Schiffsregisterordnung (SchRegDV). (1994). [Ordinance for the Implementation of the Ship Register Regulation] (unofficial translation). <https://www.gesetze-im-internet.de/schregdv/BJNR021690980.html> [in German].
- Werkhoven, V. van. (2024). *Ungewöhnliche niederländische Erbbaurechte*. [Unusual Dutch heritable building rights] In T. Lassen & M. Thurner (Eds.), *FS Stöcker* (pp. 211–217). Berlin: vdp. [in German].
- Zwalve, W. J., & Sirks, A. J. B. (n.d.). *Fiducia cum creditore*. [Fiducia with the creditor] [in German]. In [Book/collection], (pp. 403–409). [in German]
- Zwalve, W., & Sirks, A. (n.d.). *Prior tempore potior iure*. [First in time, stronger in right] (pp. 408–409). [in German]

Tim Lassen

Doctor of Law

Association of German Pfandbrief Banks,

Member of the Management Board,

Department Head

Berlin, Germany

Tim Lassen. Registration of Security Interests in Movable Property in International Comparison

Abstract

The publicity of security interests in movable property remains an important issue in private law, as the lack of effective registration increases risks for creditors and reduces the predictability of transactions. With the development of financial markets, there is a growing need to analyze foreign regulatory models. The study uses comparative legal, historical legal, formal legal, and systemic structural methods, as well as legal modeling, empirical analytical, and doctrinal approaches. The analysis revealed significant differences in approaches to the publicity of security interests in movable property: from the registration of limited categories of objects in Germany to comprehensive universal registries in the Western countries and some Eastern European countries. It has been established that the lack of a unified registration system leads to reduced transparency of collateral relationships and limits the availability of financing for a number of industries, including renewable energy. Based on a comparative analysis, a model for a possible unified register of security interests has been proposed, based on the principles of publicity, priority, and technological accessibility. The global trend shows a gradual expansion of registries, but harmonization in Europe is complicated by differences in national systems. Universal registries normally increase creditor protection but require institutional adaptation. The study showed the need to modernize the mechanisms for registering security interests in movable property, taking into account international experience. The proposed model of a universal registry could become the basis for further reforms aimed at increasing the transparency, predictability, and stability of financial transactions. The results obtained are of practical importance for legislators, legal practitioners, and financial market participants.

Key words: registration of security interests, security interest in movable property.



Галінська Юлія
кандидат юридичних наук
Республіки Казахстан,
асоційований професор
Вищої школи права «Еділет»
Каспійський громадський університет
Алмати, Казахстан,
доктор філософії (Ph.D.)
Карлів університет
Прага, Чехія
<https://orcid.org/0000-0002-6203-7787>
e-mail: Galinska.ci@gmail.com

УДК 347.4

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-80-95>

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СПОЖИВЧИХ КРЕДИТІВ НА ПРОЖИВАННЯ (ІПОТЕКИ) ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЧЕХІЇ¹

Анотація

Статтю присвячено комплексному аналізу правового регулювання забезпечення споживчих кредитів на житло в Чехії, які фактично виконують функції іпотеки, попри відсутність формального закріплення цього терміна в цивільному законодавстві. Актуальність дослідження зумовлена розбіжністю між практикою фінансового ринку та нормативним регулюванням, динамічними змінами іпотечного сектору, впливом макроекономічних чинників і потребою у чіткому визначенні характерної для чеського права концепції «заставного забезпечення» (*jistota*), яке не є самостійним засобом забезпечення боргу, а слугує загальною основою для встановлення різних форм забезпечення, таких як застава, порука або фінансова гарантія. Метою роботи є з'ясування особливостей застави нерухомості як інструменту забезпечення споживчих кредитів та визначення її місця в системі чеського приватного права. Завдання статті охоплюють аналіз чинного законодавства, характеристику механізмів гарантії виконання зобов'язань, співвідношення акцесорних та абстрактних забезпечувальних моделей, а також узагальнення відповідної судової практики. Методологію становлять формально-юридичний, порівняльно-правовий, історико-правовий та системно-структурний методи, аналіз судових рішень Верховного суду Чехії та статистичних даних ČNB. У роботі показано, що чеське право регулює іпотеку через інститут застави та норми про надання майнової гарантії кредиторі; виявлено колізії між доктриною, практикою та законодавством, а також окреслено перспективи кодифікації терміна «іпотека» у цивільне та фінансове законодавство. Узагальнено, що впорядкування термінології, чіткі межі між видами забезпечень та уніфікація правозастосування підвищили б правову визначеність та ефективність іпотечного ринку Чехії.

Ключові слова: застава нерухомого майна, іпотека, споживчі кредити, забезпечення виконання боргу, зобов'язання, цивільне законодавство Чеської Республіки.

¹ Переклад українською канд. юрид. наук Наталії Бондар.

У законодавстві різних країн правове регулювання кредитування під забезпечення нерухомим майном розрізняється. У багатьох країнах для цих цілей використовується інститут іпотеки нерухомого майна, добре відомий ще античному грецькому та римському праву. У законодавстві може не міститися сам термін «іпотека», хоча, по суті, регулюються схожі забезпечувальні конструкції. У деяких європейських країнах схожі правовідносини регулюються крізь призму споживчих кредитів, забезпечених заставою нерухомого майна. Незалежно від термінології, іпотека та споріднені з нею інститути зберігають популярність, адже дають змогу громадянам, особливо молодим сім'ям, придбати житло за допомогою банківського кредитування.

Інтерес до іпотеки ослабнув після фінансової кризи 2008 р., пов'язаної з іпотечним кредитуванням. Однак вже згодом ринок відновився, а обсяги видачі іпотечних позик знову почали зростати.

Останніми роками увагу аналітиків привернув вплив пандемії COVID-19 на іпотечне кредитування: відсоткові ставки знизилися, за низкою кредитів спостерігалися неплатежі, унаслідок чого уряди різних країн вживали заходів підтримки, включаючи тимчасові відстрочки за виплатами іпотечних платежів на кілька місяців. На той період неабиякий попит мали окремі будинки в передмістях: віддалені від чималої кількості мешканців, з можливістю особистого простору і мінімізацією ризиків зараження. Це свідчить про динаміку змін на ринку іпотеки, вплив зовнішніх чинників на відсоткові ставки, а також соціальний контекст.

Згідно з даними Чеського національного банку (ČNB), у період із січня 2024 р. по березень 2025 р. у Чехії було видано 76,7 тисяч нових іпотечних кредитів². Тільки за грудень 2024 р., за даними ČNB, було розглянуто 5000 заявок на житлове кредитування.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що у Чехії відсутнє пряме законодавче регулювання інституту іпотеки, хоча на практиці він широко застосовується і є ключовим механізмом забезпечення споживчих кредитів на житло. Правозастосування базується на поєднанні регулювання застави нерухомого майна та норм про споживче кредитування, що створює низку теоретичних і практичних колізій. Додаткової ваги темі надають динамічні зміни на ринку іпотечного кредитування, зростання його обсягів, вплив зовнішніх чинників (пандемія COVID-19, макроекономічні коливання), а також поширення різних форм забезпечення боргів, включаючи абстрактні та акцесорні моделі. Необхідність чіткого розмежування понять «іпотека», «застава» та «гарантія» (jistota), а також узгодження судової практики зумовлюють потребу в комплексному аналізі чинного регулювання.

Мета цієї статті — розглянути особливості правового регулювання споживчих кредитів на житло в Чехії, які фактично виконують функції іпотеки. Для споживчих кредитів у чеському законодавстві використовується специфічна конструкція — це застава, яка надає кредитору гарантію, що борг буде виплачений. Ця гарантія забезпечується заставою нерухомості. Зважаючи на специфіку надання гарантії заставою

² Офіційний сайт Чеського національного банку (ČNB): https://www.cnb.cz/cs/o_cnb/cnblog/Cesky-hypoteczni-trh-misto-pro-nejruznejssi-pribeh-nejen-pro-Cechy-s-vysokymi-platy/ (accessed: 05.10.2025). [in Czech].

потрібно також розглянути, що розуміє чеський законодавець під поняттям «гарантії» — *jistoty*, якими є особливості застави нерухомості в Чехії, і як ці поняття взаємодіють у сфері споживчого кредитування. Також будуть наведені приклади судової практики у цій сфері.

Завдання статті полягає у з'ясуванні змісту та особливостей правового регулювання застави нерухомого майна та споживчих кредитів на житло в Чехії; аналізі співвідношення понять «застава», «гарантія» та «іпотека», а також практичному застосуванні цих інститутів у кредитних правовідносинах. Окрему увагу заплановано приділити судовій практиці та визначенню проблем і перспектив удосконалення законодавства.

Об'єктом цього дослідження обрано законодавство Чехії з двох причин. *De iure* законодавство Чехії не містить прямого регулювання іпотеки як самостійного інституту. Регулюються або застава нерухомого майна, або споживчі кредити на житло.

De facto вживання терміна «іпотека» є повсюдним і виходить за межі просто реклами банків. Термін «іпотека» застосовується в коментарях державних органів і судових рішеннях. Тому потрібно проаналізувати, чи тотожні за своїм змістом споживчі кредити на житло та іпотека з її різновидами, що пропонуються на чеському фінансовому ринку, а також оцінити, чи спростило б введення терміна «іпотека» до законодавства про споживче кредитування та до Цивільного кодексу Чехії регулювання та застосування цього забезпечувального інструменту.

У процесі проведення дослідження було використано такі *наукові методи*: формально-юридичний — для тлумачення норм цивільного законодавства Чехії та з'ясування змісту правових понять, що стосуються застави та іпотечного забезпечення; порівняльно-правовий — для зіставлення чеського правового регулювання із законодавством Австрії, Німеччини, Франції та положеннями європейського права; метод аналізу судової практики — для дослідження рішень Верховного суду Чехії щодо застави та гарантійних інструментів у цивільно-правових відносинах; системно-структурний — для визначення місця інститутів застави, іпотеки та гарантії в системі приватного права та встановлення їх взаємозв'язків. Логіко-юридичні методи (індукція, дедукція, класифікація) застосовано для формування узагальнень, систематизації видів забезпечення та виявлення логічних зв'язків між ними; історико-правовий метод — для пояснення історичного походження сучасних конструкцій іпотеки та застави; метод правового моделювання — для оцінки можливості та потенційних наслідків запровадження терміна «іпотека» до чеського законодавства; емпіричний метод — для аналізу статистичних даних Чеського національного банку (ČNB) щодо ринку іпотечного кредитування.

Звичайно, в межах однієї статті неможливо зупинитися на всіх проблемах у правовому регулюванні іпотеки нерухомого майна в Чехії. Тому дослідження буде проведено відповідно до окресленого кола питань.

1. Загальні положення про заставу нерухомого майна в чеському цивільному законодавстві

Видача кредитів під заставу нерухомого майна в Чехії в банківській рекламі називається «іпотекою».

Цей же термін активно використовується на сайті Чеського національного банку (ČNB), зокрема при аналізі розвитку іпотечного кредитування за останні 10 років. Аналогічне формулювання застосовується на сайті Міністерства фінансів Чехії, де дається тлумачення різних видів кредитів та їх забезпечення.

Проте в чеському цивільному законодавстві, що регулює заставні правовідносини, термін «*inoteka*» не вживається. Він застосовується в законодавстві про цінні папери в контексті «іпотечних заставних листів» (*hypoteční zástavní list*), тобто забезпечених облігацій.

Саме встановлення іпотечного кредитування регулюється на основі заставного права, застави (*zástavní právo, zástava*) нерухомого майна. Загальні положення про заставу містяться в Цивільному кодексі Чеської Республіки³ (далі – ЦК ЧР, ЦК Чехії), у розділі про речові права (§1309–1394 ЦК). У цих нормах встановлені різні види застави, проте поняття *inoteki* не згадується.

Як зазначає Vymazal, Австрійське цивільне уложення (ABGB) у § 448 містило поділ на ручну заставу для рухомих речей та іпотеку нерухомих речей (земельна застава). Ця класифікація, на думку автора, зазнавала критики⁴. Vymazal також вказує, що новий ЦК Чехії застосовує терміни «заставне право до рухомих речей» і «заставне право до нерухомих речей», або «заставне право до речей, записаних до державного реєстру». При цьому він вважає, що правильніше розрізняти види застави залежно від способу її виникнення, а не від характеру речі⁵.

Чинний ЦК Чехії визначає поняття застави. Відповідно до п. 1 § 1309 ЦК ЧР при забезпеченні боргу заставою кредитор має право, якщо боржник не виконує борг належним чином і своєчасно, погасити надходження від монетизації застави в межах узгодженої суми, а якщо це не узгоджено, то в межах суми застави.

При цьому згідно з п. 2 § 1309 ЦК ЧР угода, що забороняє встановлення застави, має силу щодо третьої особи тільки в тому випадку, якщо ця заборона внесена до Реєстру застав (*Rejstřík zástav*) відповідно до іншого законодавства або до загальнодоступного списку, або якщо вона була відома третій особі.

У ЦК Чехії чітко визначається, що може бути предметом застави, і регулюється можливість встановлення застави нерухомого майна. Відповідно до §1310 ЦК ЧР заставою може бути будь-яка річ, яка може бути продана. Застава може бути також встановлена щодо предмета, на який боржник за заставою матиме право власності

³ Цивільний кодекс Чехії був прийнятий у 2012 р. і набув чинності з січня 2014 р. URL: <https://portal.gov.cz/kam-dal/zakony-vyhlasaky/zakon-89-2012-obcansky-zakonik>. (accessed: 16.11.2025). [in Czech]

⁴ Vymazal Lukáš. Заставне право в новому цивільному кодексі. 2-ге вид. Прага : Wolters Kluwer, 2015. a.s. С.152 [in Czech]. Слід урахувати, що ABGB (1811) тривалий час діяло на території сучасної Чехії, що входила до складу Австро-Угорщини.

⁵ Vymazal Lukáš. Zástavní právo v novém občanském zákoníku. 2-ге вид. Прага : Wolters Kluwer, 2015. a.s. С. 153 [in Czech].

тільки в майбутньому. Якщо така річ внесена до державного реєстру або до Реєстру заставних прав, щодо неї має бути внесено утримання за умови згоди власника майна.

Для застави є важливим встановлення суми забезпечення. Відповідно до § 1311 ЦК ЧР заставою може бути забезпечений борг на певну суму або борг, розмір якого може бути визначений у будь-який час протягом терміну дії застави. Відповідно до цивільного законодавства Чехії застава може забезпечувати борг, як грошовий, так і негрошовий, як обумовлений, так і майбутні борги. Сама застава, як правило, виникає на підставі договору (§ 1312 ЦК ЧР). При цьому в § 1314 ЦК ЧР встановлено, що якщо рухоме майно, передане як застава, не передається кредитору-заставоутримувачу або третій особі на зберігання для кредитора-заставоутримувача, то для укладення договору про заставу потрібна письмова форма. Також необхідна письмова форма застави нерухомості.

Існують також підстави встановлення застави за рішенням органу державної влади (§ 1342 ЦК ЧР).

Положення про заставу в ЦК Чехії також встановлюють окремі види застави, проте не містять детального регулювання застави нерухомого майна. Більшою мірою застава нерухомого майна регулюється в рамках положень про споживче кредитування (про що йтиметься далі) і розглядається у сфері фінансового, а не цивільного законодавства. Причому під споживче кредитування підпадає і кредитування бізнесу, якщо воно не пов'язане з підприємницькою діяльністю позичальника, наприклад, спрямоване на придбання будівлі для розміщення офісу або виробничих цехів, але не з інвестиційною метою.

2. Надання гарантії (*jistoty*) кредитору згідно з Цивільним кодексом Чехії

Відповідно до § 2012 ЦК ЧР надання гарантії (*jistoty*) кредитору може бути встановлено *заставним правом*. При цьому положення про заставу включені не в розділ про забезпечення боргу, а в частину, що регулює речові права. Термін «забезпечення виконання зобов'язання» в чинному ЦК ЧР не вживається. Специфіка чеської доктрини у сфері забезпечень знаходить вияв у концепції «забезпечення боргу» (*zajištění dluhu*)⁶. Законодавець оперує поняттям «надання гарантії кредитору», що зобов'язання боржника буде виконано. Можна сказати, що застава є формою надання кредитору майнової гарантії.

При аналізі інституту застави в чеському цивільному законодавстві необхідно розглянути, як саме чеське законодавство визначає поняття «гарантія виконання зобов'язання» і як останнє співвідноситься із заставою нерухомого майна.

⁶ Чинний ЦК ЧР говорить про «забезпечення боргу», використовуючи концепцію, яка зародилася в першій половині ХХ ст. У супровідній інформації до ЦК ЧР зазначається, що концепція забезпечення боргу виникла в проєкті «VIN 1937», який був Проєктом цивільного кодексу, розробленого урядом Чехословаччини в 1937 р. *Důvodová zpráva k § 2029 až 2039*. (accessed: 02.07.2025) [in Czech]. <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>.

Цей проєкт вплинув як на концепцію забезпечення боргу в чинному кодексі, так і на ЦК Чехословаччини 1950 р. (zákon č. 141/1950 Sb.). Однак у наступному цивільному кодексі Чехословаччини 1964 р. почав застосовуватися термін «забезпечення виконання зобов'язань». *Vládním návrh občanského zákonu od roku 1937*. Доступний за адресою: https://www.senat.cz/informace/z_historie/tisky/4vo/tisky/T0425_01.htm (accessed: 20.09.2025) [in Czech].

У загальних положеннях про зобов'язання в ЦК ЧР регулюються забезпечення і за-твердження боргу⁷. Згідно з п. 1 § 2010 ЦК ЧР, «*борг може бути забезпечений, якщо третя особа зобов'язується щодо кредитора або на користь кредитора виконувати зобов'язання боржника, або якщо хто-небудь передасть кредитору або на користь кредитора майнові гарантії того, що боржник виконає свої боргові зобов'язання. Затвердити зобов'язання можна погодженням договірному штрафу або визнанням боргу*». Водночас у цьому контексті під договірним штрафом слід розуміти договірну неустойку⁸.

Способи забезпечення боргу детально регулюються в § 2018–2047 ЦК ЧР. Аналіз положень § 2010 ЦК ЧР дає підстави зробити висновок, що, вводячи поняття майнової гарантії (*jistota*), яка надається кредитору, чеський законодавець досяг саме розуміння у визначенні того, чим саме є забезпечення боргу з погляду законодавства — правовими гарантіями для кредитора. Застава нерухомого майна розглядається в законодавстві з точки зору гарантії, що борг буде виплачений.

Спочатку введення поняття *jistota* зазнало неабиякої критики і породило дискусії в колі цивілістів, які провели численні дослідження в цій галузі. Автори вказували на складність відокремлення «*jistoty*» (або «*kauce*») від поняття гарантії як окремого способу забезпечення боргу, а саме терміном «*záruka*». Тому розглянемо специфіку такого відокремлення.

Положення про гарантію (*jistotě*) регулюються в § 2012–2017 ЦК ЧР. Відповідно до § 2012 ЦК ЧР передбачає можливість надання *jistoty* встановленням *заставного права* або наданням гарантії (*jistoty*) належним поручителем. Однак, на думку більшості авторів, положення про гарантію (*jistotě*) поширюються не тільки на два цих інститути. Так, у коментарі до § 2012 ЦК ЧР вказують, що «*jistota*» також може бути встановлена забезпечувальним переведенням права (*zajišťovací převod práva*), угодю про виплати із заробітної плати або іншого доходу (*dohody o zarážkách ze mzdy či jiných příjmů*)⁹.

⁷ Існують окремі детальні дослідження про зародження концепції «забезпечення боргу» в чеському цивільному праві. Щодо змін у забезпечувальній термінології М. Кіндл (Kindl, M.), наприклад, наводить аналіз вживання різних термінів у цивільному законодавстві Чехії протягом останніх двох століть. Однак глибокий розгляд цього питання дещо виходить за межі окремої статті (див., наприклад: Kindl, M. Zajištění a utvrzení dluhů. 1 вид. Praha : С.Н. Beck, 2016; Galinskaya Yu.V. Поняття, функції та характерні риси забезпечення боргу в цивільному праві Чехії. *По стежках пам'яті*. «Книга, присвячена ювілею проф. А. Діденка, призначена для всіх, хто цікавиться проблемами цивільного права та його історією». Алмати, 2024. 102-119. ISBN 987-601-7038-11-3).

⁸ Слід зазначити, що відповідно до наведеного вище § 2010 ЦК ЧР до забезпечень боргу не належать неустойка та визнання боргу. Вони розглядаються як «ствердження боргу», а не забезпечення, і містяться в § 2048–2054 ЦК ЧР. Сфера застосування гарантії обмежується тільки забезпеченнями, але не стосується підтвердження боргу. Оскільки в ЦК ЧР неустойка і визнання боргу належать до підтвердження боргу, то до них положення про гарантію не застосовуються.

⁹ Kindl, T. In: Švestka, Jiří, Dvořák, Jan, Fiala, Josef, Pelikánová, Irena, Pelikán, Robert, Bányaiová a kolektiv. (2014). *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V (relativní majetková práva 1. část)*. Praha: Wolters Kluwer. S. 540. [in Czech]

Так, чеський законодавець не став указувати в § 2012 ЦК ЧР усі способи, якими можна встановити гарантію. Але зі змісту положень про гарантію в § 2013–2017 ЦК ЧР, а також загальних норм про забезпечення, закріплених у § 2029–2047 ЦК ЧР, можна зробити висновок, що норми «jistoty» поширюються на всі забезпечувальні інструменти¹⁰. Тобто надати гарантію кредитору можна будь-яким із передбачених у ЦК ЧР забезпечувальних інструментів.

Отже, надання майнової гарантії кредитору — це основне призначення, головна функція забезпечувальних інструментів. Метою встановлення забезпечення боргу є надання кредитору гарантії (*jistoty*) того, що його право вимоги перед боржником буде виконано, і це є специфікою саме ЦК ЧР.

При цьому особливість чеського законодавства полягає в тому, що гарантія (*jistota*) **не є окремим способом забезпечення боргу**, що відзначається різними авторами. Наприклад, Т. Kindl вказує, що «положення цивільного кодексу про гарантію не регулюють якийсь спеціальний забезпечувальний інститут, а тільки визначають спосіб надання *kauce*»¹¹. «Каусе» означає гарантію того, що зобов'язання буде виконано, і тотожне терміну «jistota».

Можна зробити висновок, що положення про гарантію (*jistotě*) визначають саму можливість встановлення забезпечувального інструменту. А вже далі передбачається, якими саме способами може забезпечуватися вимога кредитора до боржника, який саме забезпечувальний інструмент для цього буде використаний (застава, порука, фінансова гарантія тощо). Тому саму гарантію не можна розглядати як окремий забезпечувальний інститут¹².

Таким чином, надання нерухомого майна як предмета застави, що забезпечує певний кредит, наприклад на придбання житла, є *гарантією виконання зобов'язання боржника перед кредитором*. Положення про гарантію в ЦК ЧР відрізняється від інших країн. У різних країнах гарантія часто розглядається або як окремий спосіб забезпечення виконання боргу (чи зобов'язання), або в контексті особистого забезпечення¹³. Для гарантії в такому розумінні в чеському законодавстві передбачений інший термін — не «jistota», а «*záruka*», яка є окремим способом забезпечення боргу. У ЦК Чехії «*záruka*» присутня у фінансових гарантіях, які є в більшості випадків абстрактними.

Хотілося б зазначити, що формулювання § 2012 ЦК ЧР призводить до того, що сторони часто замість встановлення застави забезпечують зобов'язання речовою

¹⁰ Положення про гарантію також див.: Tintěra, T. (2013). *Závazky a jejich zajištění v novém občanském zákoníku*. Praha: Leges. 200 s. S.113.; Pelikán, M. (2017). *Zajištění a utvrzení dluhu v praxi*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s. S. 53.

¹¹ Kindl, T. In: Švestka, J., Dvořák, J., Fiala, J., Pelikánová, I., Pelikán, R., Bányaiová a kolektiv. (2014). *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V (relativní majetková práva 1. část)*. Praha: Wolters Kluwer, S. 541. [in Czech]

¹² Схожу позицію див.: Tintěra, T. (2013). *Závazky a jejich zajištění v novém občanském zákoníku*. Praha: Leges. S.111.

¹³ Часто відмінність між ними полягає у відповідальності (іноді порука встановлює субсидіарну відповідальність, а гарантія — солідарну), що характерно, наприклад, для статей 329, 330 ЦК Республіки Казахстан.

порукою. Концепція «належного поручителя» передбачає для поручителя, зокрема, необхідність наявності майна для погашення боргу перед кредитором за боржника. Застосування речового поручителя часто може поєднуватися з іншими забезпечувальними конструкціями: застава, затвердження боргу та ін.¹⁴ Поручитель надає майно в заставу замість боржника. Наприклад, розвинута речова порука батьків за дітей при купівлі останніми нерухомості.

У цьому разі виникає два способи забезпечення виконання зобов'язання: надання гарантії кредитором через поруку третьої особи, в результаті якого на нерухоме майно поручителя встановлюється застава, подібна до іпотеки, оскільки поручитель продовжує використовувати своє заставне майно, воно залишається у заставодавця.

Хотілося б навести приклад із судової практики, а саме Постанову Верховного суду Чехії від 27.05.2021 р.¹⁵, де поєднуються застава і речова порука. Спір пов'язаний із проблемами переходу в порядку спадкового правонаступництва нерухомості, обтяженої заставою, і подальшою відмовою спадкоємців від вступу в права. У цьому випадку розглядається спір, пов'язаний з іпотекою нерухомого майна, оскільки заставодавець (він же спадкодавець) використовував заставлене майно аж до своєї смерті. Подібна практика не є поширеною, і суд у процесі розгляду справи дійшов цікавих висновків.

У цій справі розглядалася вимога кредитора за заставою до третьої особи, забезпечена заставою на активи спадкодавця. За упорядкованої ліквідації спадщини така вимога може задовольнятися незалежно від терміну її погашення. Питання виникло з огляду на те, що спадкоємці відмовилися від вступу в спадщину, і ліквідаційна комісія не хотіла враховувати права заставоутримувача. При цьому заставодавець був не боржником за зобов'язанням, а речовим поручителем.

Під час судового розгляду кредитор (банк) запевняв, що хоча він і пред'явив та довів безперечно не прострочену вимогу до боржника за кредитом, аргументи банку в Апеляційному суді були відхилені. У ситуації, коли було прийнято рішення про ліквідацію майнової маси, право власності на заставлене майно або борги не переходять до спадкоємців, активи, включаючи заставлене майно, перетворюються на гроші, незалежно від того, чи погашено вимогу, забезпечену іпотекою, і чи бажає цього кредитор. Наслідком триваючої ліквідації спадщини є припинення застави монетизованого майна спадкодавця, а також припинення при ліквідації незадоволених вимог кредиторів.

У матеріалах справи вказується, що було б незаконно зменшувати права кредиторів за заставою для задоволення вимоги на підставі наявності застави в разі примусового продажу нерухомого майна, на яке накладено арешт, тоді як вимога, забезпечена заставою, не була б задоволена за рахунок надходжень від монетизації, незважаючи

¹⁴ Докладніше про поруку в ЄС див.: Galinskaya Yu.V. Правове становище поручителя в європейських країнах: порівняльно-правовий аналіз. *Актуальні проблеми приватного права. Наукові праці НДІ приватного права Каспійського університету*. 2022. Вип. 2 / відп. ред. М.К. Сулейменов. Алмати : Казахст. Міжнар. Арбітраж. С. 253–265.

¹⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 05. 2021, sp. zn. 24 Cdo 638/2021, ECLI:CZ:NS:2021:24. CDO.638.2021.1 <https://sbirka.n soud.cz/export/sbirky/?collectionIds=18675>) (accessed: 19.09.2025). [in Czech].

на той факт, що кредитор виявив належну обачність і застрахував свій борг, наклавши арешт на нерухоме майно.

На думку заявника апеляції, юридичною підставою для реалізації нерухомого майна в контексті триваючої ліквідації спадкової маси було не невиконання боржником зобов'язань за кредитною угодою, а смерть самого спадкодавця, пов'язана з розпорядженням про ліквідацію. На думку позивача, рішення Апеляційного суду призведе до абсурдного становища кредитора-заставоутримувача, коли для захисту своїх законних інтересів він буде змушений, відповідно до договору, встановити строк погашення своєї кредитної вимоги не пізніше дати смерті боржника-заставоутримувача, навіть якщо позичальник погасив своє зобов'язання належним чином і вчасно.

Судова практика Верховного суду, на яку посилався Апеляційний суд (і суд першої інстанції), на думку заявника, не вирішує розглянуте питання. Більш того, зроблені в ній висновки не можуть бути застосовані до провадження щодо ліквідації спадщини. З огляду на це позивач запропонував Верховному суду скасувати оскаржуване рішення в апеляційному порядку і повернути справу до суду першої інстанції для подальшого розгляду або ж самому внести зміни до оскаржуваного рішення так, щоб вимога позивача зі списку була задоволена «в межах доходів від монетизації нерухомості».

3. Забезпечення споживчих кредитів на житло іпотекою

Як зазначалося вище, регулювання іпотечного кредитування в Чехії здійснюється за допомогою Закону про споживчий кредит (*zákon № 257/2016 Sb. o spotřebitelském úvěru*). Споживачі користуються різними кредитами в повсякденному житті, чимало з них потребують забезпечення, зокрема нерухомістю. Поширеною формою є забезпечення заставою нерухомого майна перед банком або іншою фінансовою організацією, які їх видали. На думку науковців, цей Закон розрізняє кілька видів споживчих кредитів «на житло», а саме: аналог звичайної іпотеки, позику з будівельних заощаджень, цільовий незабезпечений кредит, призначений, наприклад, для будівництва або реконструкції¹⁶.

Правове регулювання споживчих кредитів у Чехії безпосередньо пов'язане з Директивами Європейського Союзу в цій галузі, зокрема, Директивою № 2008/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС про договори споживчого кредитування та скасування Директиви Ради ЄС 87/102/ЄЕС від 23 квітня 2008 р. Хотілося б також відзначити Проєкт Єврокомісії у сфері забезпечення кредитів на житло та регулювання недобросовісної поруки (*Protection from unfair suretyships in the European Union*)¹⁷.

Основні цілі зазначених вище актів у сфері забезпечення зводяться до необхідності детального аналізу платоспроможності боржника, який претендує на отримання кредиту, специфічного регулювання договору кредиту на житло (іпотеки), особливо якщо речовим поручителем у таких кредитах виступають близькі боржника (батьки за дітей, діти за батьків, чоловік або дружина тощо).

¹⁶ <https://www.mfcr.cz/cs/financni-trh/spotrebitelske-uvery/spotrebitelsky-uver/pusobnost-zakona-a-vyimky-z-pusobnosti> (accessed: 29.10.2025) [in Czech]

¹⁷ Підсумковий звіт про діяльність доступний за адресою: <https://cordis.europa.eu/project/id/509803/reporting>. (accessed: 29.09.2025). [in English].

Закон про споживчий кредит, який набрав чинності в 2016 р., був покликаний захистити споживача, зокрема від неусвідомленої заборгованості в розмірі, більшому, ніж він був би спроможний погасити згодом. Банки зобов'язали ретельніше перевіряти платоспроможність споживачів фінансових послуг. Як вказує Чеський національний банк (ČNB), у липні 2025 р. виповнилося два роки з моменту введення в Чехії індикаторів для отримання кредитів DTI і DSTI¹⁸, а саме — фінансових показників, які використовуються банками для оцінки кредитоспроможності позичальника. DTI (*Debt-to-Income*) — це відношення загальної суми боргів до річного чистого доходу, що показує загальне боргове навантаження, DSTI (*Debt-Service-to-Income*) — це відношення щомісячних платежів за всіма кредитами до щомісячного чистого доходу, що відображає, який відсоток доходу йде на обслуговування боргу. Ці інструменти дають банкам можливість об'єктивно оцінювати ризик неповернення кредитів і обмежувати розмір іпотечної позики залежно від рівня доходу клієнта.

Міністерство фінансів Чеської Республіки вказує, що Закон № 257/2016 Sb. «Про споживчий кредит» застосовується до будь-якого споживчого кредиту, наданого або оформленого за посередництвом бізнесу. Таким чином, це будь-який відстрочений платіж, грошова позика, позика або аналогічна фінансова послуга, якщо її одержувачем є споживач, незалежно від розміру позикової суми, незалежно від мети використання позикової суми і незалежно від того, чи забезпечено погашення позикової суми іпотекою, тобто заставним правом на нерухомість¹⁹.

До споживчих кредитів на житло відповідно до § 2 Закону ЧР про споживчий кредит належать:

- кредитні договори, забезпечені нерухомим майном або речовим правом на нерухоме майно;
- цільові кредитні договори, призначені для купівлі, реконструкції або перебудови нерухомості;
- а також кредитні договори за будівельними заощадженнями.

Закон ЧР про споживче кредитування спрямований на регулювання як встановлення положень договору про надання кредиту та забезпечувального договору, так і на розгляд кредитоспроможності одержувача споживчого кредиту.

Поняття «іпотека» в Законі № 257/2016 Sb. «Про споживчий кредит» не містить, але присутнє в юридичній літературі, на сайтах Міністерства фінансів Чехії та Чеського національного банку (ČNB). Існують також електронні ресурси, що вивчають іпотеку з погляду права та економіки: пропраховуються різні дані, пов'язані з іпотекою за роками, процентні ставки, динаміка іпотечного ринку тощо²⁰.

На сайті Міністерства фінансів Чехії наводиться таке визначення іпотечного кредиту — це споживчий кредит на житло, забезпечений нерухомістю, а саме заставою нерухомості (іпотекою). Це означає, що якщо у боржника виникає заборгованість,

¹⁸ Офіційний сайт Чеського національного банку (ČNB): https://www.cnb.cz/cs/o_cnb/cnblog/Cesky-hypoteczni-trh-misto-pro-nejruznejši-pribeh-nejen-pro-Cechy-s-vysokymi-platy/ (accessed: 05.10.2025). [in Czech].

¹⁹ <https://www.mfcr.cz/cs/financni-trh/spotrebitelske-uvery/spotrebitelsky-uver/pusobnost-zakona-a-vyjimky-z-pusobnosti>. (accessed: 15.09.2025). [in Czech].

²⁰ Наприклад, <https://www.hypindex.cz/rubrika/hypoteku/> (accessed: 29.10.2025) [in Czech].

кредитор може продати заставлене майно на аукціоні й узяти з виручки від аукціону те, що боржник йому винен, а надлишок після виплати боргу має бути повернутий боржнику... Кредитор, забезпечений заставою, перебуває у значно кращому стані²¹.

Отже, Міністерство фінансів Чехії встановлює термін «іпотека» за одним із різновидів споживчих кредитів на житло.

На фінансовому ринку Чехії фактично існує багато різновидів іпотеки нерухомого майна. Банки дають їм різні назви. Як вказує *Kašparovská*, банки пропонують на фінансовому ринку три види іпотечного кредитування: акцесорну, незалежну та американську іпотеку²². «Американська іпотека» — це нецільовий споживчий кредит, забезпечений іпотекою нерухомості, який регулюється Законом про споживче кредитування. Відсоткова ставка за «американською іпотекою» зазвичай вища, ніж за іпотекою на житло, але нижча, ніж за звичайним споживчим кредитом.

На ринку існують і інші позначення іпотечних кредитів, проте вони є, радше, маркетинговими назвами фінансових продуктів певного банку. Як приклад можна навести «іпотеку навиворіт»: у споживача ще немає обраної нерухомості, але він спочатку резервує кредит на фіксованих умовах терміном на кілька тижнів або місяців. Також виокремлюють «австралійську іпотеку»: розмір процентної ставки зменшується зі збільшенням суми кредиту (чим вище розмір кредиту, тим нижче процентна ставка).

Однак цікавою є відмінність між акцесорною та незалежною іпотекою. Більшість чеських забезпечувальних інструментів є акцесорними, тобто вони залежать від основного зобов'язання, яке забезпечують. Можна сказати, що акцесорність є *специфічною характеристикою*, яка притаманна більшості забезпечувальних інструментів. І заставні правовідносини переважно мають акцесорний і субсидіарний характер, це саме характерне для більшості іпотечних договорів. Як зазначає *J. Dvořák*, «концептуальною особливістю цивільно-правових забезпечувальних засобів є їх залежність від наявності зобов'язання, яке вони забезпечують»²³.

Дійсно, для того щоб встановити той чи інший спосіб забезпечення боргу, необхідна наявність того боргу, який потрібно забезпечити, про що вказують і різні автори²⁴. З цього можна зробити висновок про вторинність, додатковість забезпечувальних вимог, про їх акцесорність. Тобто встановлення забезпечувального інструменту є додатковим за своєю природою щодо основного зобов'язання, яке він забезпечує.

²¹ <https://financnigramotnost.mfcr.cz/cs/uvery/zakladni-informace>. (accessed: 05.10.2025) [in Czech]

²² Kašparovská, V., Mazáková, M. a kol. (2017). *Spotřebitelský úvěr*. Vydala Evropská asociace finančního plánování ČR. Vydání 1. S. 168. [In Czech]

²³ Dvořák, J. (2009). *Zajištění práv v občanskoprávních vztazích*. Praha: Univerzita Karlova, 1984. S. 19. CM. також: PLIVA, S. *Obchodní závazkové vztahy*. 2. vyd. Praha: ASPI, a.s. S. 340. S. 74. [In Czech]

²⁴ Наприклад, Andrew J M Steven: "In either case the right in security depends on there being a debt. This is the "accessoriness principle" of security rights. To use the language of the property law doctrine of accession, the debt is the "principal" and the security is the "accessory". - STEVEN, Andrew J M. Accessoriness and Security over Land. *Edinburgh Law Review*, vol. 13, no. 3, pp. 387-426. https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/11940278/STEVEN_A_Accessoriness_and_Security_over_Land.pdf. (accessed: 19.09.2025) [In English]

Однак не всі чеські забезпечувальні інструменти є акцесорними і субсидіарними. Договір іпотеки може мати абстрактний характер, не пов'язаний з основним договором. Виходячи з принципу свободи договору, сторони можуть укласти незалежну іпотеку.

Незалежна іпотека характерна для так званих іпотечних боргів, забезпечених заставним правом до нерухомого майна, однак без властивих іпотечному договору акцесорних принципів, або з їх зменшенням. Наприклад, якщо заставодавець і боржник не збігаються, договір із заставодавцем може бути абстрактним, борг буде сплачений на вимогу кредитора без посилання на проблематику основної угоди (так звана незалежна іпотека).

Потрібно зауважити, що незалежні речові забезпечення притаманні різним країнам і не тільки в галузі іпотечного кредитування. Існують специфічні способи абстрактних забезпечень нерухомим майном. На думку *Andrew Steven*, до абстрактних забезпечень (або не акцесорних) можна віднести німецький земельний збір, швейцарський іпотечний лист та ін.²⁵ Так, у Німецькому цивільному кодексі (BGB) у п. 1) § 232 BGB передбачені різні види застави та іпотеки, які далі розвиваються в Третій книзі BGB. Вона містить такі речові обтяження, як іпотека, земельний борг і рентний борг. Земельний борг (*Grundschild*) — це борг, забезпечений заставою нерухомого майна. Земельний борг належить до абстрактних забезпечень.

Хотілося б зазначити, що в ЦК ЧР передбачені й інші незалежні забезпечення, наприклад, незалежна фінансова гарантія. Однак на відміну від застави та іпотеки, незалежні гарантії належать не до речових, а до особистих забезпечень²⁶.

Вважається, що різноманітність забезпечувальних засобів, зокрема, можливість встановлення як абстрактних, так і акцесорних субсидіарних способів забезпечення

²⁵ STEVEN, Andrew J M. *Accessoriness and Security over Land*. *Edinburgh Law Review*, vol.13, no. 3, pp. 387-426. https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/11940278/STEVEN_A_Accessoriness_and_Security_over_Land.pdf. (accessed: 19.09.2025). [In English].

²⁶ Незалежні гарантії присутні в створених для уніфікації європейського приватного права академічних виданнях, наприклад, у «Принципах, визначеннях і модельних правилах європейського приватного права. Проект загальної довідкової схеми» (далі – DCFR). У DCFR передбачені різні типи особистих забезпечень. DCFR містить поділ забезпечень на особисті та майнові гарантії («personal security» та «proprietary security in movable assets»). Особисті забезпечення в DCFR досить докладно розглянуті в частині IV.G. Залежно від своєї природи, особисті забезпечення відповідно до IV.G. - 1:101 поділяються на дві групи: залежні (dependent) і незалежні (independent) особисті забезпечення. При цьому, як вказують автори повного видання (full edition) DCFR, коріння особистого залежного забезпечення сягають римського *fideiussio* (термін, що застосовується для поруки в цивілістичній науці). На відміну від залежних особистих забезпечень, згідно з IV.G. - 1:101 (b) DCFR, «незалежне особисте забезпечення» – це зобов'язання, яке прийнято забезпечувальним боржником із забезпечувальною метою і щодо якого прямо виражено або мається на увазі, що воно не залежить від зобов'язання іншої особи перед кредитором. Тобто можна зробити висновок, що в DCFR незалежне особисте забезпечення не є акцесорним і субсидіарним. Його сенс полягає у відсутності прив'язки до первісного зобов'язання, яке воно забезпечує. Bar, Von Ch., Clive, E., Study Group on a European Civil Code. (2010). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 3*. New York: OXFORD UNIVERSITY PRESS. 6521 s. [in English].

боргу, у тому числі забезпечення нерухомим майном, є перевагою, що дає можливість сторонам цивільно-правових відносин обрати такий, що відповідає саме їм, забезпечувальний інструмент.

У сфері споживчих кредитів на житло значна категорія судових спорів пов'язана з поділом спільного майна подружжя у шлюбнорозлучних процесах, якщо до складу спільного майна входить обтяжена іпотекою нерухомість.

Одним із таких прикладів є рішення Верховного суду Чеської Республіки від 29.06.2021 р.²⁷, що стосується поділу майна, яке включає житло — об'єкт іпотеки.

Суд дійшов висновку про розподіл спільних боргів обох із подружжя порівну, крім випадків, коли існують виняткові обставини, що виправдовують розподіл боргу на одного з них або в інших пропорціях. Якщо тільки одному з подружжя наказано виплатити спільний борг, зобов'язання виплатити грошову суму в розмірі пропорційної частини не може бути покладено на іншого з них.

Практика показує, що спори, пов'язані з поділом спільно нажитого майна, зокрема, придбаного за допомогою іпотечного кредитування нерухомості, досить поширені в Чехії. Приклади таких спорів наводяться на сайті Верховного суду Чехії.

Звичайно, існують і інші приклади судової практики з питань іпотечного кредитування, що виходять за межі розглянутих у цій статті. Специфічні кейси в цій галузі розглядаються, наприклад, через офіс фінансового арбітра Чехії²⁸.

Висновок

Підсумовуючи вивчення правового регулювання іпотеки в чеському цивільному законодавстві та законодавстві про споживче кредитування, можна зробити такі висновки.

Забезпечення виконання боргу в загальному розумінні є правовими засобами, які необхідні для надання гарантії того, що зобов'язання (борг) перед кредитором буде виконано або самим боржником, або третьою особою (наприклад, яка надала предмет застави або є речовим поручителем). Щодо цього встановлення застави нерухомого майна в рамках споживчого кредитування житла відіграє важливу роль, допомагаючи, з одного боку, особам придбавати нерухомість у довгострокове кредитування, з іншого боку, стимулює функціонування та розвиток фінансового ринку в цій галузі.

Що стосується доцільності включення до цивільного законодавства та Закону про споживчі кредити Чехії терміна «іпотека», можна зазначити, що, на наш погляд, це не створює проблем у правовому регулюванні. Грецька та латинська термінологія не завжди знаходить відображення в законодавстві, хоча і використовується в цивілістичній доктрині. Розглянуті вище правовідносини щодо забезпечення виконання зобов'язання (боргу) заставою нерухомого майна, яке перебуває у володінні заставодавця, тотожні відомій у цивілістичній науці іпотеці. У зв'язку з цим не можна говорити про наявність проблем, пов'язаних із подібним регулюванням.

²⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 6. 2021. <https://sbirka.nsoud.cz/export/sbirky/?collectionIds=19753>. (accessed: 19.09.2025). [in Czech].

²⁸ Офіційний сайт фінансового арбітра доступний: <https://finarbitr.cz/cs/reseni-sporu/pusobnost-financniho-arbitra.html>. (accessed: 10.05.2025). [in Czech].

Позитивним аспектом розглянутого правового регулювання є захист боржника-споживача. До такого захисту можна, зокрема, віднести суворі вимоги щодо регулювання штрафних заходів із боку банків і фінансових організацій при достроковій виплаті суми позики, можливості рефінансування, розгляду спорів, що виникають із правовідносин споживача і банку через офіс фінансового арбітра та багато іншого.

Для кредитора в Чехії встановлюється можливість переважного задоволення з вартості заставленого майна, яке не припиняється зі смертю заставодавця. У деяких іпотечних конструкціях може бути встановлено кілька забезпечень, наприклад, порука і застава. Сама іпотека може бути різних видів, зокрема акцесорна і незалежна.

У зв'язку з активним застосуванням іпотечного кредитування можна говорити про виникнення різних судових спорів, пов'язаних із забезпеченням кредитів на житло. З урахуванням постійних змін на фінансовому ринку можуть виникати ситуації, що потребують також змін у правовому регулюванні іпотечного кредитування в Чехії (це було характерно, наприклад, під час пандемії COVID-19). З огляду на наведене говорити про те, що цей інститут повністю сформований і не схильний до змін, не можна. Тому, на наш погляд, правові дослідження в цій сфері продовжуватимуться.

REFERENCES

- Bar, Ch. von, Clive, E., & Study Group on a European Civil Code. (2010). *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Vol. 3). Oxford University Press. [in English]
- Civil Code of the Czech Republic. (2012). <https://portal.gov.cz/kam-dal/zakony-vyhlasky/zakon-89-2012-obcansky-zakonik> (accessed November 16, 2025). [in Czech]
- Drobnig, U. (2007). *Personal security (PEL Pers. Sec.) / Principles of European law*. Oxford University Press. [in English]
- Duvodova zprava k § 2029 az 2039. (2025). <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf> (accessed November 16, 2025). [in Czech]
- Dvorak, J. (1984). *Securing rights in civil law relations*. Charles University. [in Czech]
- Galinskaya, Yu. V. (2022). The legal status of a guarantor in European countries: A comparative legal analysis. *Aktualnye problemy chastnogo prava. Scientific works of the Research Institute of Private Law of the Caspian University*, 2, 253–265. Almaty. [in Russian]
- Galinskaya, Yu. V. (2024). The concept, functions, and characteristic features of debt security in the civil law of the Czech Republic. In *Paths of memory. A book dedicated to the anniversary of Prof. A. Didenko* (pp. 102–119). Almaty. ISBN 987-601-7038-11-3. [in Russian]
- Financial Arbiter of the Czech Republic. (2025). <https://finarbitr.cz/cs/reseni-sporu/pusobnost-financniho-arbitra.html> (accessed May 10, 2025). [in Czech]
- Hypindex Analytics Portal. (2025). <https://www.hypindex.cz/rubrika/hypoteky/> (accessed September 19, 2025). [in Czech]
- Kasparovska, V., Mazakova, M., et al. (2017). *Consumer credit*. European Association of Financial Planning of the Czech Republic. [in Czech]
- Kindl, M. (2016). *Securing and confirming debts* (1st ed.). C. H. Beck. [in Czech]

- Kindl, T. (2014). In J. Svestka, J. Dvorak, J. Fiala, I. Pelikanova, R. Pelikan, A. Banyaiova et al., *Civil Code. Commentary. Volume V (Relative Property Rights, Part 1)* (p. 540). Wolters Kluwer. [in Czech]
- Ministry of Finance of the Czech Republic. (2025). <https://www.mfcr.cz/cs/financni-trh/spotrebitelske-uvery/spotrebitelsky-uver/pusobnost-zakona-a-vyjimky-z-pusobnosti> (accessed September 25, 2025). [in Czech]
- Pelikan, M. (2017). *Securing and confirming debts in practice*. Wolters Kluwer ČR. [in Czech]
- Pliva, S. (2009). *Commercial contractual relations* (2nd ed.). ASPI. [in Czech]
- Protection from Unfair Suretyships in the European Union. (2025). Final report. <https://cordis.europa.eu/project/id/509803/reporting> (accessed September 19, 2025). [in English]
- Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 29. 6. 2021. (2021). <https://sbirka.nsoud.cz/export/sbirky/?collectionIds=19753> (accessed September 19, 2025). [in Czech]
- Steven, A. J. M. (2009). Accessoriness and security over land. *Edinburgh Law Review*, 13(3), 387–426. https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/11940278/STEVEN_A_Accessoriness_and_Security_over_Land.pdf (accessed September 19, 2025). [in English]
- Tintěra, T. (2013). *Obligations and their security in the new Civil Code*. Leges. [in Czech]
- Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 5. 2021, sp. zn. 24 Cdo 638/2021. (2021). <https://sbirka.nsoud.cz/export/sbirky/?collectionIds=18675> (accessed September 19, 2025). [in Czech]
- Vlada Československa. (1937). *Government draft of the Civil Code*. https://www.senat.cz/informace/z_historie/tisky/4vo/tisky/T0425_01.htm (accessed September 19, 2025). [in Czech]
- Vymazal, L. (2015). *Pledge law in the new Civil Code* (2nd ed.). Wolters Kluwer. [in Czech]

Galinskaya Yuliya

PhD of the Republic of Kazakhstan,

Associate Professor at the Adilet Higher School of Law

of the Caspian Public University

Almaty, Kazakhstan,

Doctor of Philosophy (Ph.D.)

Charles University

Prague, Czech Republic,

Diploma in English Law (The British Law Centre's ("Juris Angliae Scientia"))

Diploma (Pass) in English and European Law

Galinskaya Yuliya. Legal Regulation of Securing Consumer Housing Loans (Mortgages) under the Legislation of the Czech Republic

Abstract

The article explores the legal regulation of mortgage in the Czech Republic from the perspective of civil law and consumer credit legislation. The article is devoted to a comprehensive analysis of the legal regulation of consumer loans for housing in the Czech Republic, which effectively perform

the functions of mortgages, despite the absence of a formal definition of this term in civil law. The relevance of the study is due to the discrepancy between financial market practice and regulatory requirements, dynamic changes in the mortgage sector, the influence of macroeconomic factors, and the need for a clear definition of the concept of “collateral security” (*jistota*) characteristic of Czech law, which is not an independent means of securing debt, but serves as a general basis for establishing various forms of security, such as a pledge, suretyship, or financial guarantee. The aim of the work is to clarify the peculiarities of real estate pledges as an instrument for securing consumer loans and to determine their place in the Czech private law system. The objectives of the article include an analysis of the current legislation, a description of the mechanisms for guaranteeing the fulfillment of obligations, the relationship between accessory and abstract security models, and a summary of the relevant case law. The methodology consists of formal-legal, comparative-legal, historical-legal, and systemic-structural methods, analysis of Supreme Court of the Czech Republic decisions, and ČNB statistical data. The work shows that Czech law regulates mortgages through the institution of pledges and rules on providing property guarantees to creditors; it identifies conflicts between doctrine, practice, and legislation, and outlines the prospects for codifying the term “mortgage” in civil and financial legislation. It is summarized that the systematization of terminology, clear boundaries between types of collateral, and the unification of law enforcement would increase the legal certainty and efficiency of the Czech mortgage market.

Keywords: *mortgage, pledge of immovable property, debt, security, the Civil Code of the Czech Republic, legislation, proprietary security, consumer credit.*



Спасибо-Фатєєва Інна
доктор юридичних наук, професор
завідувачка кафедри цивільного права
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна
<https://orcid.org/0000-0002-9852-1706>
e-mail: i.v.spasybo-fatyeyeva@nlu.edu.ua

УДК 347.4

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-96> 121

ІПОТЕКА В РЕТРОСПЕКТИВІ ТА ПЕРСПЕКТИВІ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Спасибо-Фатєєва Інна. Іпотека в ретроспективі та перспективі правотворчості

Анотація

Статтю присвячено огляду процесу становлення вчення про іпотеку в історичному і порівняльному аспектах. Іпотеку розглянуто як економічну, фінансову та правову категорію. У перших двох випадках іпотека характеризується як фінансовий інструмент, здатний до обороту, і доводиться те, що це впливає на правову характеристику іпотеки. Актуальність тематики доводиться наявністю численних спорів та питань, що постали в судовій практиці за відсутності належного теоретичного осмислення феномену іпотеки в сучасних економічних та правових умовах. Для ілюстрації значущості цих проблем надано аналіз судової практики, завдяки застосуванню порівняльно-правового, історико-правового та формального методів стало можливим навести пропозиції щодо подолання практичних проблем та простежити зміни теоретичних засад і тенденцій розвитку вчення про іпотеку. Висвітлено питання державної реєстрації іпотеки як обтяження права власності й права власності на обтяжене іпотекою майно. Наведено міркування про акцесорність та абстрактність іпотеки з позицій її зв'язку з основним зобов'язанням, забезпеченим іпотекою. У контексті правової характеристики вказано на поєднання речових та зобов'язальних засад іпотеки. Розглянуто правові позиції Верховного Суду з приводу захисту прав власника предмета іпотеки та добросовісного набувача.

Ключові слова: *іпотека, спосіб забезпечення виконання зобов'язання, акцесорність, абстрактність.*

Вступ

Попри те, що зі становленням в Україні на початку 90-х років минулого сторіччя ринкових відносин, для яких важливими факторами є оборот фінансових ресурсів і нерухомості, та його пожвавлення останнім часом впритул до початку війни в Україні, глибоких наукових праць, присвячених іпотечній тематиці майже не було. Можна лише згадати про наукові дослідження загальної спрямованості та окремі фрагментарні теми, до яких вдавалися деякі дослідники (Ч. Н. Азімов, А. А. Герц, В. С. Горбачова, О. С. Кізлова, В. Ю. Малий, І. О. Проценко, І. Й. Пучковська, Н. А. Федосенко, Ю. Є. Ходико, А. Р. Чанишева). Натомість ця тема недостатньо вивчена з позиції системного підходу. Однак про її архіважливості свідчить розвиток системи іпотечного кредитування, зокрема для забезпечення громадян житлом. Адже сучасні житлові програми, на відміну від гасел соціалістичного періоду, ставлять на перше місце фінансування придбання житла.

Іпотечна тематика багатогранна і лежить у площині не лише права, а й насамперед економіки і фінансів. Тому природно, що іпотека розглядається як елемент кредитування (іпотечне кредитування), як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, як обтяження права власності і як оборотоздатний фінансовий інструмент. Іпотека набуває ваги в розрізі соціального буття, будучи складовою численних фінансово-економічних механізмів, до яких залучені широкі верстви населення та комерційних структур. Тому має бути продумана державна політика, що покликана забезпечити не лише фінансову систему, а й багатьох громадян від негативних наслідків знецінення їхніх коштів унаслідок кризових ринкових ситуацій і загрози позбавлення житла.

Якщо ж феномен іпотеки має таке глобальне значення, то і його осмислення має проводитися на глибокому вивченні виникнення, розвитку, тенденцій.

Тому при написанні статті використовувалася наукова і фахова економічна та правова література задля розуміння іпотеки в історичному і сучасному контексті у співвідношенні з економічними та фінансовими аспектами її характеристики. Тож, при аналізі іпотеки задля з'ясування її природи та належного правового регулювання були використані формально-логічний та історико-порівняльний підходи, а також порівняльний аналіз структурування економічних, фінансових та правових відносин. Це дало змогу запропонувати системний погляд в їх об'єднаному значенні для розуміння речово-зобов'язальної природи іпотеки, її акцесорності, порядку виникнення та формалізації, значення для цивільного обороту, способів захисту. Запропоновані автором напрями характеристик іпотеки з демонстрацією різних проявів її ознак як фінансового інструменту та як правової конструкції і наведені висновки роблять внесок у розвиток уявлень про корені й сучасне розуміння іпотеки та іпотечного кредитування в Україні.

Значущою є іпотечна тематика у сфері правозастосування і правотворчості, які мають при цьому спиратися на теоретичні постулати.

Метою цього дослідження є розгляд іпотеки як системне поняття в різних ракурсах і у різних правовідносинах, зокрема, йдеться про такі види іпотеки, як «оборотова», «іпотека власника», «забезпечувальна».

Задля цього в статті буде розглянуто іпотеку: а) в історичному аспекті становлення знань про неї та її правове регулювання; б) як економічний, фінансовий та правовий

інструмент; в) як складова іпотечного кредитування, в контексті чого простежено зв'язок іпотеки з основним зобов'язанням та проаналізовано її акцесорність; г) як елемент єдиного соціального простору.

1. Невеличкий історичний екскурс у становлення і зміни уявлення про іпотеку

Термін «іпотека» (лат. *hypotheka*) походить із Давньої Греції. Вперше він зустрічається при афінському архонті (правителі міста-держави) Солоні на початку 6 ст. до н. е., серед важливих реформ якого була, зокрема, заміна особистої відповідальності на майнову¹. Це означало, що замість загрози для боржника у випадку несплати боргів потрапити в рабство і через це погасити своє майнове зобов'язання, передбачався інший механізм — звернення стягнення на майно боржника. Для цього в часи правління Солона кредитор ставив на земельних угіддях боржника (зазвичай на межі) стовп із написом, що це майно слугує забезпеченням сплати ним боргу в певній сумі. Цей стовп і йменувався іпотекою, якій у подальшому наречено було означати заставу нерухомості².

До цього існували інші види застави — фідучія (фідучіарна угода) та ручна заставка (заклад), або пігнус³. Тож, іпотека в римському праві як вид застави виникла пізніше за інші її види і набула тих ознак, що властиві їй дотепер. Отже, із цього може виходити твердження, що ранг іпотеки як способу забезпечення виконання зобов'язання боржником був вищим, аніж при фідучії та пігнусі, кожен із яких містив ті негативи, які долалися з уведенням у вжиток такого виду застави, як іпотека.

Так, в основу фідучії було покладено перехід від боржника до кредитора права власності на предмет, що передавався в заставу. При цьому кредитор мав право або повернути його боржнику, як той виконає умови договору / сплатить борг, або продати його, чим погашалася його вимога до боржника. Ясно, що в цій схемі ушербним було становище боржника. При пігнусі ж за домовленістю між боржником і кредитором перший передавав другому в забезпечення повернення боргу річ у володіння, але право власності на неї залишалося за боржником. При цьому виді застави боржник не міг користуватися річчю, лише як виняток, якщо це дозволить кредитор. І це спричиняло не тільки незручності, а й ускладнювало погашення боржником боргу, якщо джерелом для цього могла би слугувати саме заставлена річ.

За обох цих видів застави предмет, який слугував способом забезпечення виконання боржником зобов'язання, не допускався до обороту.

Із розвитком економічних відносин, якими на той час була в основному торгівля, такі підходи ставали все менш вигідними, оскільки вони стримували і оборот товарів, і оборот коштів. Замість убезпечення уплати боргу відбувалося гальмування його уплати. Тому кредитуру стало вигідніше залишити річ у боржника, але мати можли-

¹ Див.: Кручок С. Іпотечне кредитування: європейська практика та перспективи розвитку в Україні. Київ : Урожай, 2003. С. 17.

² Див.: Сорванець К. В. Іпотечный рынок жилья в Украине : автореф. дис. ... канд. экон. наук. Киев, 2004. С. 1.

³ Див.: Подопригора А. А. Основы римского частного права. М., 1997. С. 166.

вість звертати на неї стягнення в разі несплати боржником, що й зумовило розвиток іпотеки⁴.

На землях сучасної Німеччини іпотека виникла на початку XIV ст. До того часу там, як у Греції і Римі до 6 ст. до н. е., переважав принцип особистої відповідальності за борги. Водночас розвиток економічних відносин зумовив тогочасні зміни і у способі забезпечення виконання зобов'язань, якою стала іпотека. Завдяки їй стало можливим не тільки використання боржником свого нерухомого майна, через що підвищувалися можливості сплати ним боргу, а й відчуження предмета іпотеки⁵. Власник обтяженого іпотекою нерухомого майна може і надалі передавати це майно у спадок, відчужувати його і користуватися чи розпоряджатися ним в інший спосіб, оскільки іпотечний закон цього не забороняє. Такий само механізм забезпечення виконання зобов'язань склався у Франції до XVI ст.

На території сучасної України відбувалися схожі процеси: у Росії виник інститут іпотеки, а на територіях західних українських земель аналогічно розвивалася іпотека як в австрійських землях.

Варто згадати про тривалі реформи, яких зазнала іпотека на німецьких, австрійських та пруських землях у XVIII-XIX ст., чому передували масштабні дискусії та обговорення проєктів. Вони стосувалися записів у реєстрах (поземельних книгах), акцесорності іпотеки, оборотоздатності майна й іпотечних зобов'язань і деяких інших важливих і дотепер аспектів.

У сучасному українському правовому полі можна спостерігати такі процеси. На початку 90-х років XX ст. постала потреба в іпотечних механізмах, було прийнято Закон «Про заставу»⁶, а на початку 2000-х років – три закони: «Про іпотеку»⁷, «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати»⁸ та «Про іпотечні облігації»⁹, що були важливими для забезпечення фінансування будівництва житла. Банківському лобюванню ми зобов'язані виникненням у наш час так званої довірчої власності, що, як пробний камінець, була кинута в законодавче поле України (у 2003 р., тобто ще до набрання чинності Цивільним кодексом України (далі – ЦКУ) до ст. 316 були внесені зміни¹⁰, в яких довірча власність

⁴ Див.: Пучковская И. И. Ипотека: залог недвижимости. Харьков, 1997. С. 6.

⁵ Там само. С. 80.

⁶ Про заставу : Закон України від 02.10.1992 № 2654-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

⁷ Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

⁸ Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України від 19.06.2003 № 979-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/979-15#Text>, втратив чинність на підставі Закону № 79-IX від 12.09.2019 (дата звернення: 15.11.2025).

⁹ Про іпотечні облігації : Закон України від 22.12.2005 № 3273-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3273-15#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

¹⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 19.06.2003 № 980-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980-15#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

позначалася як особливий вид права власності без розкриття її суті і особливостей). Утім вона не мала значного вияву протягом двадцятиріччя.

«Вибух» стався у 2019 р. із прийняттям до ЦКУ змін¹¹ у вигляді додавання до Глави 49 § 8 «Довірча власність», яка вже набула змін у 2022 р.¹² Унаслідок цього: а) позиції довірчої власності як механізму, властивому англо-американському праву, укріпились, замінивши категорію фідучії, якою оперувало римське право і яка зберіглася в німецькому праві; б) довірча власність (як аналог римської фідучії) відновився в іншому ракурсі, оскільки вона не розглядається вже як різновид застави, а являє собою відмінний від неї спосіб забезпечення виконання зобов'язання; в) історія зробила виток і повернулася до механізмів забезпечення, які передували іпотеці в давні часи і від яких вже на той час були підстави відмовитися. Натомість сучасні українські «правові композиції» зводять довірчу власність у ранг новітнього і ефективного способу забезпечення виконання зобов'язання. Проте дійсність доводить, що цей спосіб залишається майже не затребуваним на практиці й має чималу кількість очевидних хиб, які не дають змоги розумним учасникам цивільного обороту його використовувати.

Наукова думка завжди ставилася до іпотеки відповідально: дослідження були ґрунтовні, але й спірні. Так, ще проф. А. С. Звоницький у 1911 р. писав, що загальне поняття про заставне право являє один із найбільш спірних аспектів юриспруденції. «Рідко в якійсь галузі можна знайти стільки різних визначень, стільки взаємно суперечливих поглядів, стільки глибокодумних теорій, стільки тонкої критики, стільки дотепних концепцій, стільки ефектних побудов. І при цьому жодна проблема не може вважатися вирішеною, жоден погляд не може досягти більш-менш загального визнання»¹³.

Варто загострити увагу на фундаментальних працях І. О. Базанова¹⁴, Л. А. Кассо¹⁵, В. А. Удінцева¹⁶. Можна з упевненістю стверджувати, що наукових досліджень іпотеки подібного рівня відтоді немає.

2. Економічні, фінансові, соціальні засади іпотеки та їх зв'язок із правовими механізмами

2.1. Економічні передумови розвинення іпотеки

Напевно, не буде помилкою почати з того, що ракурс іпотеки змінився з 60-х років XIX ст., коли економічна теорія вплинула на погляд на іпотеку як на правову форму «реального кредиту», тобто кредиту, забезпеченого певним нерухомим май-

¹¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні : Закон України від 20.09.2019 року № 132-IX <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132-20#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

¹² Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому : Закон України від 15.08.2022 № 2518-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2518-20#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

¹³ Звоницький А. С. О залоге по русскому праву. Киев, 1912. С. 174.

¹⁴ Базанов И. А. Происхождение современной ипотеки. Новейшие течения в вотчинном праве в связи с современным строем народного хозяйства. Исследование И.А. Базанова. М., Левенсон, 1900. 467 с.

¹⁵ Кассо Л. А. Понятие о залоге в современном праве. Юрьевъ : Тип. К. Маттисена, 1898. 419 с.

¹⁶ Вс. Удинцев. Подписка в вере. К учению о древне-русском залоге. Киев: Тип. С.В. Кульженко, 1903. 24 с.

ном. У цьому мали необхідність розширене виробництво, сільське господарство, що потребувало фінансування, яке, у свою чергу, неможливе без надійних механізмів повернення коштів. Тож, кредитування та іпотека стали механізмом із подвійним ефектом.

Хоча це твердження не було беззаперечним і постійно зазнавало перегляду з підведенням теоретичних засад під ідею про те, що реальний кредит має базуватися на засаді незатребуваності капітального боргу. Так, відомий у другій половині XIX ст. економіст Робертус фон Ягетцов підводить під цю ідею ґрунтовні теоретичні засади і пропонує пластичну форму змін засад «реального кредитування», яке, на його погляд, має ґрунтуватися на ренті, а не на іпотеці¹⁷. Аргументація полягає в тому, що «землеволодіння має лише дохідну, а зовсім не капітальну цінність. Дохідна цінність визначається чистим доходом. Звідси чистий дохід і дохідна цінність дають єдину міру ціни сільськогосподарських ділянок. Звідси ж і всі юридичні угоди, що стосуються землеволодіння, мають бути пристосовані й розраховані на цю дохідну цінність, і тільки вічна рента повинна продаватися, ділитися і обтяжуватися боргами»¹⁸.

Виникнення такого вчення пояснювалося тим, що на той час нерухомість була переобтяжена іпотечними кредитами, що покладало на власників земель важкі тягарі. Тому цей підхід був схвально сприйнятий ними та економістами, але ставлення юристів до нього було стриманим і викликало в них сумнів щодо його правильності¹⁹. Іпотечній реформі, яка на той час була розпочата, це вчення також не знадобилося. Тож, іпотечне кредитування залишилося на вістрі спису. В сучасному економіко-правовому просторі подібні питання взагалі не обговорюються — чи через те, що вони своє віджили, чи за відсутності глибини дослідження проблеми. Думається, що обидві причини мають значення. Останнім часом серед певних прошарків населення, не пов'язаних із комерцією, але тих, що мають намагання отримати пасивний дохід, спостерігається поживання інтересу до ренти. Тому рентні відносини можуть зазнати ренесансу. Проте досліджень у сфері права відносин ренти зовсім мало²⁰.

¹⁷ Rodbertus v. Iagetzow, Zur Erklärung und Abhülfe der heutigen Kreditnoth des Grund-Besitzes, Berlin, 1868;

також Verhandlungen, betreffend die Enquête. С. 238.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Willmanns. Zur Reform der Hyp.-u. Subhast-Ges.-Geb. Berlin, 1868. С. 13.

²⁰ Див.: Посполітак В. В., Ханік-Посполітак Р. Ю. Актуальні питання договору ренти. URL: <https://ekmair.ukma.edu.ua/server/api/core/bitstreams/e0bacefc-6653-41db-9dd8-e6466b9e4585/content> (дата звернення: 15.11.2025); Hutorov A. O., Zakharchuk O. V., Gutorov O. I., Ozarovska A. V., Tarasiuk A. V. RENT AS A FINANCIAL INSTRUMENT FOR REGULATING THE DEVELOPMENT OF THE AGRARIAN SECTOR OF ECONOMY. *Financial and Credit Activity Problems of Theory and Practice*, 2021. Т. 4, № 31 С. 349–357. <https://doi.org/10.18371/fcactp.v4i31.190944>; Пучковська І.Й. Загальна характеристика договору ренти. *Проблеми законності*. 2009. Вип. 104. С. 86–95. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/jspui/handle/123456789/2675> (дата звернення: 15.11.2025).

Щодо іпотечного кредитування, то більшою мірою це є цариною дослідження економістів²¹. Справді ж, маючи економічні корені, іпотечне кредитування насамперед пов'язане з ефективністю кредитування для фінансових установ, якісних схем використання іпотечних кредитів²², зокрема моделі ризику окремих позик та моделей кредитного портфеля²³. Оцінці ризиків та динаміці обсягів іпотечних кредитів присвячені роботи й сучасних українських економістів²⁴.

Однак у роботах правників цей аспект фактично випускається, і наукові дослідження мають суто догматичний характер, до того ж, до них зовсім індиферентна практика. Водночас саме такий зріз дослідження іпотеки має бути на сьогодні затребуваним.

Тобто поряд із аналізом правових конструкцій, про які йтиметься нижче (акцесорність, публічна достовірність реєстрів, порядок укладення договорів іпотеки та порядок звернення стягнень тощо), іпотечні дослідження мають зосереджуватися на поєднанні з тематикою банківських послуг (зокрема кредитних ставок), державними програмами підтримки інвестування у будівництво і різних видів кредитування (наприклад, молодіжного), розвитку тих чи інших ринків (будівельного, туристичного, сільськогосподарського тощо) та ін. Зв'язок між цими інституціями очевидний. Так, у Фінляндії контроль над діяльністю банків здійснює «Іпотечне об'єднання Фінляндії», а іпотеку регулює «Закон про банківську діяльність»²⁵. У Турції чинним є Закон «Про іпотечне кредитування для іноземців» (2007), на підставі якого діють турецькі банки²⁶.

²¹ Див.: Просов В. М. Оцінка поточної ситуації на ринку іпотечних кредитів в Україні. *Формування ринкових відносин в Україні*. 2020. № 4 (227). С. 24–33; Внукова Н. М., Внукова Н. М., Бажанов О. Є. Іпотечний ринок: теорія та практика. Харків : ВД Інжек, 2008. 192 с.; Євтух О.Т. Іпотечний механізм ефективного використання і розвитку нерухомості : автореф. дис. ... д-ра екон. наук : 08.04.01. Київ, 2002. 32 с.; Руда О.Л. Становлення іпотечного кредитування в Україні. *Ефективна економіка*. Вінниця, 2018. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/5_2018/61 (дата звернення: 15.11.2025).

²² Див.: Krainer, J., LeRoy, S., Munpyung O. Mortgage Default and Mortgage. 2009. URL: <https://www.frbsf.org/economic-research/files/wp09-20bk.pdf> (дата звернення: 15.11.2025); Mccord M., McGreal S., Berry J., Haran M., Davis P. The implications of mortgage finance on housing market affordability. *International Journal of Housing Markets and Analysis*. 2011. № 4. Р. 394–417. <https://doi.org/10.1108/17538271111172175> 13. McDonald, D., Thornton, D. A Primer on the Mortgage Market and Mortgage Finance. Review. 2008. <https://doi.org/10.20955/r.90.31-46>.

²³ Financial Institutions Commission *Residential Mortgage Probability of Default Models and Methods*. 2014. URL: <https://www.bcfsa.ca/pdf/fid/14-0877-sup.pdf> (дата звернення: 15.11.2025).

²⁴ Див.: Корнівська В. О. Трансформації інституцій фінансового посередництва в умовах становлення інформаційно-мережевої економіки : автореф. дис. ... д-ра екон. наук : 08.00.01. Київ, 2019. С. 5; Лацик Г. М. Фінансові інструменти на іпотечному ринку України : дис. ... канд. екон. наук : 08.00.08. Тернопіль, 2011. С. 6; Манжос С. Б., Носенко М. С. Наукові підходи до визначення та класифікації ризиків іпотечного кредитування під заставу нерухомості виробничого призначення. *Наука й економіка*. 2013. № 3 (31). С. 192–198.

²⁵ URL: <http://www.suomenpankki.fi/> (дата звернення: 15.11.2025).

²⁶ URL: <http://www.tcmb.gov.tr/> (дата звернення: 15.11.2025).

2.2. Іпотека як фінансовий інструмент

Ракурс іпотеки як фінансового інструменту виходить з іпотечного кредитування, але сягає далі у сферу обороту. При цьому варто вказати на такі важливі ознаки для бачення іпотеки як фінансового інструменту, як доступність, оборотоздатність, безпечність, цінність.

У цьому контексті іпотека має розглядатися: а) як певний оборотоздатний об'єкт, певне благо; б) крізь призму права власності на майно; в) із позицій можливості позбавлення її акцесорності.

Щодо бачення іпотеки як оборотоздатного об'єкта, то сучасне українське законодавство надає для цього лише одну можливість — через видачу та оборот іпотечних цінних паперів — заставної та іпотечних облігацій. Заставна (статті 20–22, 25–27 Закону України «Про іпотеку») є різновидом фінансових інструментів (ст. 29 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки»)²⁷.

Заставна як цінний папір є оборотоздатною, але зберігає зв'язок із боргом, задля погашення якого вона була і залишається призначеною. Втім вказується про її значення як фінансового інструменту і на фондовому ринку, і на інвестиційному²⁸. Хоча заставна і бачиться одним із способів рефінансування, інші дослідники вказують, що тільки іпотечні облігації є фінансовими інструментами, які можуть одночасно розглядатися як засоби рефінансування та інвестування на ринку фінансових послуг²⁹.

Не заглиблюючись у сутність теорії цінних паперів, зазначимо, що іпотечні цінні папери, як і всі фінансові інструменти, мають бути привабливими для ринку, безпечними і посідати ту нішу, задля якої їх було випущено. В іншому випадку втрачається їх значення.

Тим часом вживається вираз і про *оборот іпотеки* на ринку, що потребує визначення ставлення до цього. Відповідно до визначення іпотеки як виду забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном (ст. 1 Закону України «Про іпотеку») й за відсутності не тільки її визначення, а й визначення застави в цілому в § 6 Глави 49 ЦКУ, можна вважати іпотекою певну правову категорію, яка може являти собою різні правові механізми. Тож, іпотекою може бути і зобов'язання (договір іпотеки), й обтяження (речове право), і фінансовий інструмент також. Це виходить і з виразу про предмет застави (ст. 576 ЦКУ) і предмет іпотеки (ст. 5 Закону України «Про іпотеку»), виникнення іпотеки (ст. 3 Закону України «Про іпотеку») та ін. Тому не вбачається суперечності в тому, щоб допустити вживання виразу про *оборот іпотеки*. Це можливо і через зміну сторони договору іпотеки, й як обороту заставної.

²⁷ Про ринки капіталу та організовані товарні ринки : Закон України від 23.02.2006 № 3480-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#n2283> (дата звернення: 15.11.2025).

²⁸ Див.: Баурда М. М. Деякі питання щодо змісту цивільних правовідносин у сфері обігу іпотечних цінних паперів. URL: http://lsej.org.ua/5_2023/125.pdf (дата звернення: 15.11.2025).

²⁹ Див.: Глібо С. Правове регулювання операцій банків з іпотечними облігаціями. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 2 (77). С. 111–121. С. 118; Квіт Н. М. Правовий режим іпотечних цінних паперів. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ* : зб. наук. пр. Львів : Вид-во ЛьвДУВС, 2009. № 1. С. 121.

У цьому аспекті іпотека являє собою не просто спосіб забезпечення виконання зобов'язання, а ринкове благо, в якому заінтересовані і кредитор, і боржник. Це полягає у такому: коли кредитору потрібні кошти, він може або вимагати від боржника погашення боргу, забезпеченого іпотекою, або відчужити іпотеку, отримавши від третьої особи необхідні йому кошти. Власне, такий підхід покладений в основу й інших фінансових інструментів, метою яких є пришвидшення обороту коштів і строків задоволення потреб учасників ринку. При цьому другий шлях привабливий і для кредитора, і для боржника, який у момент, необхідний для кредитора, не в змозі погасити борг. Для набувача іпотеки це також має свої переваги, по-перше, у ціновій політиці; по-друге, через механізм публічної достовірності, завдяки якому стає можливим легко відвертати заперечення боржника проти сплати коштів. Останнє, як видно, безпосередньо пов'язано з налагодженістю чіткого і простого механізму реєстрації прав.

Отже, зазначене є тією спонукальною причиною для організації іпотечних відносин, які дають можливість сприймати іпотеку як фінансовий біржовий / ринковий інструмент.

Якщо ставиться така мета, то необхідним стає реформування правових та економічних положень, завдяки яким:

- іпотека дорівнювалася б до оборотоздатного об'єкта;
- було би досягнуто непохитності публічної достовірності зареєстрованої іпотеки;
- у кінцевому підсумку іпотекодержателю / власнику заставної можна було би безперешкодно отримати кошти від боржника.

У контексті цього суміжними з цими міркуваннями є тривала дискусія про акцесорність або абстрактність іпотеки, про що йтиметься далі. Причиною цього є саме те, що розгляд іпотеки як оборотоздатного об'єкта на ринку фінансових інструментів вже має вселяти довіру. А це можливо лише в разі максимальної її відстороненості від зобов'язання, яке нею забезпечене. Тобто зобов'язальні засади іпотеки мають поступитися речовим.

Легкості в обороті, швидкості у фінансових операціях та іншим характеристикам організованих фінансових ринків, крім зазначеного, сприяла б можливість оформлення власником майна іпотеки заздалегідь, тобто до його вступу до правовідносин, які забезпечувались би іпотекою. У цьому разі постала б нерозв'язана проблема суміщення в одній особі і суб'єкта права власності, і суб'єкта іншого речового права, яким є іпотека. Це є очевидним порушенням давньоримського принципу *confusio* речового права і права власності, сфокусованих на одного суб'єкта.

Щодо цього передусім потрібно зауважити, що здебільшого виникає схема, за якою власник встановив сам для себе обмеження свого права. Чи може таке бути взагалі?

Насамперед — це нелогічно. Скажімо, якщо порівняти схожу ситуацію з тим, коли орендар і власник є однією особою. Справді, це було б нелогічно, не викликане жодними причинами, щоб взятися розглядати доцільність цього. Тому в подібних випадках діє правило про припинення зобов'язання поєднанням боржника і кредитора в одній особі (ст. 606 ЦКУ).

Однак у випадку із питанням про допустимість встановлення іпотеки власником ситуація інша — по-перше, зобов'язання, стороною якого був би власник, не існує,

тому не може існувати й збігу сторін правовідношення; по-друге, власник сам на свій розсуд здійснює своє право (частини 1 та 2 ст. 319 ЦКУ).

Залишається знов-таки питання про акцесорність іпотеки, якої у цьому разі бути не може за відсутності правового зобов'язання, яке нею би забезпечувалось. Утім зрозуміло, що власник, упереджуючи появу такого зобов'язання, підготував необхідне для його забезпечення, що й зумовлює неодмінну появу акцесорності через деякий час. Тож, у цьому разі можна було б цю ситуацію розглядати як односторонній правочин під умовою укладення договору, який забезпечується іпотекою.

Крім цього, останнім часом чимало римських постулатів переглядаються, з деяких встановлюються винятки, деякі взагалі оминають, що пояснюється різними причинами. Як приклад, у сфері іпотеки це відступлення від підходу *lex commissoria*, зокрема з прийняттям Директиви 2002/47/ЄС про фінансові застави (*Financial Collateral Directive*, FCD)³⁰. Яскравим прикладом масштабного відступлення від засад непопущності права власності, яке зафіксоване й на конституційному рівні (ст. 41 Конституції України), і на рівні ЦКУ (ст. 321) стало уведення механізму сквіз-аут (ст. 95 Закону України «Про акціонерні товариства»)³¹. Наведене свідчить про те, що з часом зазнають змін навіть такі фундаментальні засади, на яких базувалося римське право. На це є свої причини, розгляд яких виходить за межі цієї статті.

Тож, така іпотека, що йменується «іпотекою власника», породжена інтересами обороту, коли власник матиме вже «готову» іпотеку і, з огляду на стан ринку, зважатиме на це при обороті свого майна. Також подібна ситуація — в інтересах кредитора, який відкриватиме кредитну лінію під готову іпотеку більш охоче, ніж під майбутнє встановлення іпотеки.

2.3. Соціальний аспект іпотек

У розрізі соціального значення іпотек можна було б чимало сказати, але, зважаючи на обсяг статті та цільову аудиторію, окреслимо лише такі аспекти, як вагоме значення іпотек при забезпеченні житлом громадян через механізми кредитування. Держава при регулюванні цих відносин виходить одночасно: а) із безпеки для інвестування, що має значення як для громадян, так і для фінансових установ; б) із ситуативних складнощів, породжених причинами, які лежать поза сферою як економіки, так і фінансів — перебування майна, що було предметом іпотеки на території, яка тимчасово непідконтрольна Україні; в) із гармонізації / балансування публічних та приватних інтересів, що відбивається як на фінансовій системі країни, так і на кожній особі, яка є суб'єктом іпотечних відносин.

Цьому, зокрема, слугує Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»³² (далі — Закон № 1207-VII), відповідно до якого упродовж строку тимчасової окупації особи,

³⁰ Financial Collateral Directive - The Jolly Contrarian, URL: https://jollycontrarian.com/index.php?title=Financial_Collateral_Directive (дата звернення 28.10.2025).

³¹ Про акціонерні товариства : Закон України від 27.07.2022 № 2465-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2465-20#n1262> (дата звернення: 15.11.2025).

³² Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15.04.2014 № 1207-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

які проживають на тимчасово окупованій території або перемістилися з неї, звільняються від обов'язку погашення основної суми іпотечного кредиту та нарахованих відсотків за ним, якщо об'єктом іпотеки є майно, розташоване (зареєстроване) на території, що після укладення такого іпотечного договору була тимчасово окупована. Національний банк України приймає рішення про зміну класифікації таких іпотечних кредитів або інші рішення з метою недопущення погіршення ліквідності (фінансового стану) кредитора. Положення цього пункту не поширюються на об'єкти житлової нерухомості, загальна площа якого перевищує показники, встановлені ст. 266 Податкового кодексу України³³ (ч. 6 ст. 15 Закону № 1207-VII).

Верховний Суд з приводу цього зазначив, що звільнення від виконання обов'язку (відстрочення такого виконання) відбувається в силу вказівки закону та настання відповідних юридичних фактів (тимчасова окупація певної території України; проживання особи на цій території або переміщення з неї; укладення такою особою договору іпотеки для забезпечення виконання її кредитного зобов'язання до моменту тимчасової окупації території, на якій це майно розташоване (зареєстроване); площа відповідного майна не перевищує визначені Податковим кодексом України). Вимога позивача до банку про зобов'язання звільнити від обов'язку погасити основну суму іпотечного кредиту та нараховані за ним відсотки до деокупації певної території не може бути використана для захисту будь-якого права чи інтересу як позовна. Наявність у банку визначеного у ч. 6 ст. 15 Закону № 1207-VII обов'язку звільнити позивача від виконання цивільного обов'язку на строк тимчасової окупації території, на якій розташований об'єкт (предмет) іпотеки, може бути аргументом позивача у межах ініційованого банком судового спору про стягнення кредитної заборгованості. У такому спорі вказаний аргумент суд має оцінити, врахувавши встановлені обставини справи, та у разі підтвердження сукупності умов, визначених у ч. 6 ст. 15 Закону № 1207-VII, відмовити у задоволенні позову (повністю чи частково)³⁴.

3. Іпотека як правова категорія

Зважаючи на наведене вище про іпотеку в розрізі економіки та фінансів, варто окремо зупинитися на її правовій характеристиці з метою демонстрації сукупності її ознак, їх становлення та змін. Задля цього розглянемо іпотеку: 1) як акцесорне зобов'язання; 2) як речове право; 3) у контексті публічності.

3.1. Іпотека як складова іпотечного кредитування

Уникаючи повторів, вкажемо на іпотеку як складову іпотечного кредитування, що свідчить про її зв'язок із основним зобов'язанням та акцесорність.

У найбільш спрощеній схемі це виглядає так: іпотека існує доти, поки існує зобов'язання, яке нею забезпечується. Тож, ні до цього, ні після припинення такого зобов'язання іпотека недопустима.

³³ Податковий кодекс України від 02.12.2010. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

³⁴ Окрема ухвала Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 05.02.2025 р. у справі № 757/29209/22-ц Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/126328293> (дата звернення: 15.11.2025).

Хоча ця схема логічна і видається єдино правильною, час від часу робилися спроби її похитнути із зазначенням причин цього. Так, найвідоміший теоретик іпотеки XIX ст., родоначальник *Locus-Theorie*, що набула значного впливу на той час, *v. der Hagen* розмірковує так: «У теорії іпотека все ще є акцесорним правом; але життя внесло потужні зміни в право іпотеки, про які навіть не думали під час видання чинного права. По суті, іпотека, власне, вже перетворилася на самостійне право. Предмет іпотеки — це переведення ціни речі на кредитора; причому ця ціна віддається в заставу першому кредитору повністю, наскільки це потрібно для його задоволення, а кожному наступному кредитору — лише настільки, наскільки вона не поглинена ще заставами на користь старших кредиторів. Тому пізніший кредитор не має жодного права на закладену старшому кредитору частку ціни; юридично та частка для нього зовсім не існує — для нього існує тільки надлишок, на який, у свою чергу, право старшого кредитора не поширюється. Таким чином, перед кожним кредитором відповідає абсолютно особливий об'єкт, який і виступає особливо по реалізації ціни речі»³⁵.

Мали місце категоричні висловлювання: «...наскільки іпотека записана, настільки вона є самостійним речовим правом, яке може належати одній або іншій особі. Вона не зникає і тоді, коли її власник стає власником майна. Тільки від власності залежить тоді, чи хоче він знищити ті межі, якими право іпотеки виділено всередині його нерухомого майна, і чи хоче він допустити, щоб та частина власності, яка охоплюється іпотекою, повернулася в цілісність його власності на нерухомість»³⁶.

Тож, подібні твердження означають намагання довести, що іпотека, «матеріально акцесорна, підводиться формалізмом іпотечного режиму до певного ступеня самостійного права, незалежного у своєму існуванні від буття негласного особистого боргового відношення, яке вона забезпечує... Але за баварським правом кредитор вже зовсім не пов'язаний попереднім направленням стягнення на заставлену нерухомість і має вільний вибір між заставним і особистим позовом»³⁷.

У літературі зазначалося, що реальний кредит, на противагу особистому кредиту, є довгостроковим за своєю природою та завданням³⁸. Про це достеменно свідчить інформація Дербурга³⁹, за якою у Пруссії курсують іпотечні свідоцтва великих лицарських маєтків, що виникли наприкінці XVII і на початку XVIII ст., і випадків, коли іпотека існує понад пів сторіччя, чимало. Учений зазначав, що за цей час може неодноразово відбуватися зміна власників, враховуючи тенденцію власності до обороту. І це не суперечить природі іпотеки як речового права. Натомість, як бути із зобов'язальною вимогою, яка забезпечувалася іпотекою і з погляду на її акцесорність, адже зобов'язання є тимчасовим правовідношенням?

³⁵ *v. der Hagen, Die Hyp. des Eigenthümers. Arnsberg, 1836. С. 283.*

³⁶ *System des Preuss. ALR. Paderborn, 1852. С. 129.*

³⁷ Ці позиції виводяться І. О. Базановим під час аналізу німецьких законопроектів та дискусій щодо них. Дослідник також стверджує, що ідеї, навколо яких обговорювалися питання, дуже схожі з тими, що розглядалися французькою Державною Радою під час обговорення іпотечного режиму Кодексу Наполеона (див.: Базанов І. О. Вказ. праця. С. 272–275).

³⁸ Там само. С. 296.

³⁹ *Dernburg u. Hinrichs. Das preuss. Hyp. R., Leipzig, 1877. С. 47.*

Із цього виходить застереження про сумнівність і практичну загрозу поєднання зобов'язального з речовим, а тим паче поставлення речових правовідносин у залежність від зобов'язальних. Водночас вказується й на те, що коли зобов'язальна вимога «слугує акцесорієм іпотеки, вона надає кредиту послугу, оскільки дає йому... легший засіб здійснення вимоги про сплату відсотків...»⁴⁰ Проте зазначається, що і в цьому аспекті правовідносини є «незграбними і не усувають того розладу двох пов'язаних між собою, але за своєю природою різних прав, який позначається при дії початку акцесорного значення іпотеки. Гармонії могла б додати екскєсуація⁴¹ особистого боржника⁴², яка, за другорядного значення особистої вимоги, могла бути організована вільніше і простіше, без шкоди для інтересів сторін; але все це ускладнювало б і заплутовало, загалом, іпотечне право. Поєднання обох прав могло бути лише надано спеціальній угоді сторін і означати кореальне відношення»⁴³.

Прибічником підходу про суто речовий характер іпотеки був Беккер⁴⁴. Вільманнс же вважав за потрібне залишатися вірним римській догмі, встановити акцесорні відносини зобов'язальної вимоги до речового права⁴⁵. Тобто з точністю до навпаки з тим, як розуміє акцесорність сучасне право. І лише пізніше борг посів перше місце в дихотомії правовідносин із іпотекою.

Щодо цього зазначалося, що тогочасні уявлення про іпотеку ототожнювали її підставу і акцесорну природу. Водночас зазначення на підставу встановлення іпотеки важливе і при самостійній іпотеці; і навпаки, для встановлення акцесорної іпотеки можлива абстрактна згода, без зазначення підстави іпотеки⁴⁶.

Цей короткий нарис повноцінних і тривалих дебатів із приводу іпотеки при реформуванні німецького законодавства, рівних яким навряд чи знайдеться, демонструє намагання вип'ятити речову природу іпотеки, відірвати іпотеку від зобов'язання, яке нею забезпечується, задля потреб обороту іпотеки як самоцінного фінансового інструменту.

Одночасно звертає на себе увагу те, як дивно переплітаються розуміння акцесорності й абстрактності, і того, *що* обумовлює інше — зобов'язання іпотеку чи навпаки.

Як видається, сучасна українська судова практика змішує поняття акцесорності та абстрактності щодо іпотеки. «Абстрактна іпотека» — відступлення прав за кредитним договором і за договором іпотеки на користь різних осіб.

Велика Палата Верховного Суду застережила, що «абстрактну іпотеку» (без зв'язку з належним кредитором основним зобов'язанням) закон не передбачає. Таке питання постало внаслідок відступлення прав за кредитним договором і за договором

⁴⁰ Базанов І. О. Вказ. праця. Огляд с. 312–315.

⁴¹ Екскєсуація продавця — це юридичне звільнення продавця від боргу, який переходив на покупця разом із проданим маєтком.

⁴² Особистий боржник – боржник за основним зобов'язанням, забезпеченим іпотекою.

⁴³ Базанов І. О. Вказ. праця. С. 314.

⁴⁴ Bekker. Die Reform des H.-Wesens als Aufgabe des nordd. Bundes. Berlin, 1867. С. 79.

⁴⁵ Willmanns. Zur Reform der Hyp.-u. Subhast.-Ges.-Geb. Berlin, 1868. С. 13.

⁴⁶ Базанов І. О. Вказ. праця. С. 333.

іпотеки на користь різних осіб. На недопустимість цього вказує Верховний Суд, називаючи подібну ситуацію аномалією та «абстрактною іпотекою»⁴⁷.

У цих випадках варто говорити про те, що тоді іпотека припиняє бути акцесорною, але це не означає, що вона стає абстрактною.

Можна з упевненістю стверджувати, що хоча дебати часів німецьких реформ XIX ст. і стали надбанням історії цивілістики, нині всі напрямки цих обговорень так і залишилися спірними. Тому різні проблеми у цій сфері залишаються не продуманими з погляду доктрини.

Це стосується навіть питання про місце розташування норм про іпотеку. За повної відсутності подібних дискусій серед сучасних українських цивілістів маємо підхід, до якого ми звикли — іпотека серед зобов'язань *де-юре*, бо вона врегульована у книзі 5 ЦКУ, і в теорії іпотека залишається речовим правом. Щоправда, такий її ракурс підтверджує й Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»⁴⁸, яким регулюється іпотека як обтяження права власності. Хоча це знов-таки не факт.

Із наведеної дискусії виходить і те, яким значущим є бачення іпотеки як оборотоздатного інструмента, блага, об'єкта.

У зв'язку з цим перейдемо до питань обороту, в яких відображається те, наскільки це впливає на іпотеку.

3.2. Іпотека в цивільному обороті

Зважаючи на те, що для цивільного обороту значущим є як оборот іпотеки, так і оборот нерухомості, у цьому підрозділі торкнемося останнього, коли право на нерухомість обтяжене іпотекою.

При обороті нерухомості постійно гострим залишається питання про публічну достовірність записів у реєстрі про права на нерухоме майно та їх обтяжень. У свою чергу, це впливає на захист прав добросовісних набувачів, які покладалися на достовірність інформації реєстрів.

Українська судова практика демонструє чимало випадків, коли з даних реєстру не виходить те, чи проживають у житловій нерухомості діти, і ті запевнення, які робив іпотекодавець, виявилися неправдивими. Поширені також випадки, коли однією особою оспорується право власності іншої особи, яка виступила іпотекодавцем. Тим самим доводиться, що іпотекодавець, який не був власником, не має права укладати договір іпотеки. Тож, очевидно, що за цією схемою захисту прав однієї особи (справжнім чи вигаданим) криється руйнування іпотеки, яка пов'язана з підставою набуття права власності на предмет іпотеки.

⁴⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22.05.2024 р. у справі № 754/8750/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/119583712> (дата звернення: 15.11.2025).

⁴⁸ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 № 1952-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

Одним із аспектів такого роду спорів є нестабільність поглядів на процедуру обороту нерухомості та її регулювання⁴⁹. Зокрема, це стосується природи запису в реєстрі та підстав і моменту переходу права власності на нерухоме майно.

В Україні відсутнє чітке, просте і зрозуміле вчення про набуття права власності зі встановленням загального правила про те, що придбання будь-якої речі завершується тоді, коли до титулу придбання приєднується традиція (*traditio*), роль якої за обороту нерухомості відіграє запис у реєстрі. Тож, цей запис свідчить про те, що новий власник вступає в правомірне володіння. Інакше кажучи, запис у реєстрі, виконуючи роль передачі речі, свідчить як про вступ набувача у володіння нею, так і про набуття права власності на неї, легалізуючи своє володіння. Замість цього в Україні тривають постійні конфузи з розумінням значення запису в реєстрі, нехтування його публічною достовірністю через уведення в ужиток поняття книжкового володіння, яке помилково сприймається відірвано від володіння як факту, загальновідомого у праві країн Західної Європи. Неодноразова критика такого підходу⁵⁰, взятого без належного розуміння феномену книжкового володіння, потроху сприймається в українському правовому середовищі, але ще не досягла свого результату.

Так само і при іпотеці: при її виникненні має розрізнятися *titulus i modus*. Титулами іпотеки можуть бути: закон, рішення суду, договір, заповіт. Водночас титул сам по собі не породжує іпотеки. Для цього має бути здійснено запис у реєстрі.

Слід зазначити ще один аспект обороту нерухомості, пов'язаний із визначенням предмета іпотеки. Висвітлення питання про предмет іпотеки потребує окремого дослідження — чи то нерухоме майно, чи право на нього. А в останньому випадку те, чому майнове право (так зване спеціальне майнове право (п. 10 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому»⁵¹) може бути предметом іпотеки, а право на частку в спільній власності на нерухоме майно, яке також за своєю природою є майновим, предметом

⁴⁹ Див.: Коровайко О. Правове регулювання державної реєстрації прав на нерухоме майно за часів української незалежності. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 11. С. 116–119; Мартинюк О. А. Проблеми державної реєстрації прав на нерухоме майно. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 3. С. 175–177; Майка Н. В. Реєстрація речових прав на чужу нерухомість як юридичний факт. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 4. С. 43–45; Джафарова В. Правова природа та особливості державної реєстрації речових прав. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 2. С. 31–37; Спасибо-Фатєєва І. В. § 2. Значення державної реєстрації для набуття права власності на нерухомість. *Право нерухомості: кризь призму судової практики* : монографія / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2021. С. 193–210; Ильясова К. Правовое значение государственной регистрации прав. *Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика* / под ред. А. Г. Диденко. Алматы : Адвокат. контора McGreen&partners, 2020. Вып. 60. С. 123.

⁵⁰ Див.: Кисіль В. Право нерухомості: карколомні судові рішення 2018 року, частина 2. URL: https://biz.ligazakon.net/news/183491_pravo-nerukhomost-karkolomn-sudovrshennya-2018-roku-chastina-2 (дата звернення: 15.11.2025).

⁵¹ Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому : Закон України від 15.08.2022 № 2518-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2518-20#Text> (дата звернення: 15.11.2025).

іпотеки бути не може (ч. 2 ст. 6 Закону України «Про іпотеку»). Для співвласника можливо лише «передати в іпотеку свою частку у спільному майні без згоди інших співвласників (співвласників спеціального майнового права), за умови виділення її в натурі та реєстрації права власності (спеціального майнового права) на неї як на окремий об'єкт нерухомого майна, об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості». Це цитата із Закону, критика якого була би дуже довгою через чимало доктринальних помилок.

Усе це доволі цікаві моменти, про які слід говорити окремо. Тут лише торкнемося питання про те, якщо предметом іпотеки була нерухомість у вигляді будинку, то як бути із земельною ділянкою, на якій розміщено цей будинок. Діє правило про перехід права на земельну ділянку вслід за будинком (ст. 377 ЦКУ), хоча й без зазначення цього права. Зазвичай подібні ситуації стосуються прав на земельні ділянки, які не належать на праві власності власникові будинку-іпотекодавцеві. Тоді все ясно. А якщо останній є і власником земельної ділянки, але в договорі іпотеки значиться як предмет іпотеки лише будинок і оцінено саме його задля забезпечення виконання зобов'язання?

На практиці була заявлена вимога іпотекодержателя про визнання права власності на земельну ділянку, на якій розміщений предмет іпотеки, що необхідна для його обслуговування, та на який іпотекодержатель звернув стягнення в позасудовому порядку. Верховний Суд при цьому зазначив, що, по суті, вимога про іпотекодержателя до іпотекодавця про визнання права власності на земельну ділянку, на якій розміщений предмет іпотеки, що необхідна для його обслуговування, та на який іпотекодержатель звернув стягнення в позасудовому порядку, не може бути кваліфікована як негативний позов⁵². Водночас цей спір мав свій контекст — щодо застосування позовної давності. А якщо подібний спір розглядати по суті зазначеного вище питання, то чи може іпотекодержатель у судовому порядку вимагати «розширення» свого права на річ завдяки й земельній ділянці, яка не фігурувала у правовідносинах іпотеки, але в суто речових відносинах це питання має бути вирішене, інакше неможливо буде власнику будинку, який придбав його в порядку звернення стягнення на предмет іпотеки, користуватися ним. Думається, що так однозначно вирішувати це питання неприпустимо, адже внаслідок цього порушувалося би право власності. Як варіант вирішення подібних спорів — оренда земельної ділянки, на якій розташовано будинок, що був предметом іпотеки. Тим самим буде додержано і права та інтереси власника земельної ділянки, і вимоги ст. 377 ЦКУ.

3.3. Іпотека як речове право

Безсумнівним є те, що іпотека являє собою обтяження речі. Відповідно до Закону вона підлягає реєстрації саме як така. Однак її називають і правом на чужу річ, про це, зокрема, зазначається Верховним Судом⁵³, що свідчить про акцент на її речовій природі.

⁵² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 24.07.2025 р. у справі № 725/2205/24. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/129180950#> (дата звернення: 15.11.2025).

⁵³ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від

Фактично обидві ці характеристики іпотеки фокусуються на тому, що іпотека обтяжує право власності та слідує за річчю.

Для розуміння іпотеки як речового права варто торкнутися сутності цих прав із встановленням такого: що зумовлює таке бачення іпотеки, якщо її вважати речовим правом — суцільна влада над річчю? Панування над нею? Здійснення всіх можливих дій (хоча б трьох — володіння, користування та розпоряджання, яких ми класично продовжуємо дотримуватися в поглядах на речове право)? Право слідування? Абсолютний захист? Чи ще щось?

Звичайно, характеристика іпотеки за тими та іншими параметрами задля доведення або спростування її речової природи потребує прискіпливого аналізу, що виходить за межі цієї статті. Тут лише зазначимо на те, що однозначно ствердно на жодне з наведених вище питань відповісти не вдасться.

До того ж, слід почати з того, кого зі сторін іпотечних правовідносин можна вважати суб'єктом речового права — іпотекодавця чи іпотекодержателя.

Іпотекодержатель є управомоченою особою у зобов'язанні, забезпеченому іпотекою, і логічно було б вважати, що саме він має бути суб'єктом речового права іпотеки. Однак його право не має нічого подібного з владою над річчю, яка є предметом іпотеки, він не може здійснювати не тільки панування, а й усіх трьох правомочностей із володіння, користування та розпоряджання ним. Може лише розпоряджатися, але за певних умов. Може набути права власності — так само за певних умов.

Іпотекодавець є зобов'язаною особою в основному зобов'язанні і вважати його суб'єктом речового права неможливо, бо він був і зі встановленням іпотеки залишається суб'єктом права власності на предмет іпотеки. Натомість варто згадати про ті пропозиції німецьких аналітиків, які пропонували доцільність уведення встановлення власником іпотеки на своє майно до вступу в договірне кредитне зобов'язання, яке забезпечувалося б іпотекою.

Якщо розмірковувати про речову природу іпотеки через право слідування, то воно притаманне й іншим правам, які мають зобов'язальну природу, зокрема праву оренди. Втім оренду через це дедалі більше прихильників вважають речовим правом, хоча є й істотні заперечення⁵⁴.

Водночас право слідування за іпотеки доводить і посилює її речову природу, оскільки відсуває на другий план зобов'язально-правові механізми, які мають спрацювати у разі заміни сторони іпотечного зобов'язання. Так, зі смертю іпотекодавця

18.04.2022 р. у справі № 520/1185/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104308921> (дата звернення: 15.11.2025).

⁵⁴ Див.: Ставнюк В., Третяк Т. Правова природа оренди земельної ділянки та її вплив на порядок захисту прав орендаря. *Юридичні науки*. 2020. № 3 (114). С. 49–59. <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2020/3.114-11>; Мірошніченко А. М. Оренда права на земельну частку (пай) як різновид «зобов'язальної» оренди. *Актуальні проблеми земельних, аграрних та екологічних відносин в умовах сучасної земельної реформи* : зб. матеріалів наук.-практ. конф. (м. Харків, 22 трав. 2020 р.) / за ред. А. П. Гетьмана, М. В. Шульги. Київ : Юрайт, 2020. С. 208–211; Спасибо-Фатєєва І. В. Відчуження права оренди. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 4. С. 118–127; Чабаненко М. М. Щодо оборотоздатності права оренди земельної ділянки в контексті новітніх правових висновків Верховного Суду. URL: http://lsej.org.ua/9_2020/43.pdf (дата звернення: 15.11.2025).

обтяження його майна переходять до спадкоємців без додержання вимог статей 1281, 1282 ЦКУ як щодо необхідності пред'явлення кредитором вимоги у визначений строк, так і щодо порядку виконання спадкоємцями зобов'язання. Як вказує Верховний Суд, ці норми не поширюються на правовідносини, які виникають у зв'язку з переходом у порядку спадкування майна, яке майновий поручитель передав в іпотеку задля забезпечення виконання зобов'язань третьою особою [відмінною від особи іпотекодавця]. У цій ситуації іпотека є дійсною для набувача відповідного майна, який набуває статусу іпотекодавця, має всі його права і несе всі його обов'язки за іпотечним договором⁵⁵.

Але чи існує згаданий при іпотеці зв'язок між річчю і правом (речовим) на неї?

При заставі рухомого майна, яке передається іпотекодержателю, є більше підстав вбачати такий зв'язок. Причина цього — наявність у іпотекодержателя правомочностей володіння та розпорядження предметом застави і, як наслідок, упевненість у тому, що борг буде погашений. При іпотеці підстав для існування правового зв'язку речової природи мінімум. Головне наповнення — право вимагати (звернення стягнення). Тобто наголос зроблено на зобов'язальній природі іпотеки.

Ще менше речових елементів при довірчій власності, яка вже в самій назві містить ген речового права, але, по суті, таким не є, хоча про довірчу власність вказується в ч. 2 ст. 316 ЦКУ як про особливий вид права власності. Водночас довірча власність не регулюється ні як право власності, ні як вид іпотеки, а як окремий спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Довірчу власність та іпотеку відрізняє й те, що довірчий власник *вже* має право на річ, тому він нічого не вимагає від довірчого засновника виконання зобов'язання (ст. 579¹ ЦКУ).

Увівши довірчу власність як відмінний від іпотеки спосіб забезпечення виконання зобов'язань, українське законодавство приречене породжувати спірні ситуації через необдуманість теоретичних засад його підґрунтя. Натомість у площині українського права зовсім не розглядалася можливість запровадження таких прав, які відомі з давньоримських часів (D.20.11.1) і сприйняті німецьким правом (*altere Satzung*) і французьким правом (*engagement*). Їх сутність у поєднанні володіння і користування предметом іпотеки з метою спрямування володільцем доходів від користування предметом застави на погашення боргу її власника⁵⁶. Розбіжності з давньоримським правом полягали в тому, що останнім дозволялося *ius distrahendi*⁵⁷ володільця-користувача щодо переданої йому речі, а за німецьким та французьким правом кредитор не міг продати заставлене майно. Як виходить із цієї моделі іпотеки, з очевидністю підвищується «процент речового напруження» в характеристиці іпотеки.

Іпотека характеризується і як право, що має певні *переваги*, які мають назву *пріоритету*. Саме так визначається пріоритет Закону України «Про іпотеку» (абзаци 11,

⁵⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25.06.2025 р. у справі № 761/382/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/128876523> (дата звернення: 15.11.2025).

⁵⁶ Див.: Кассо Л. А. Вказ. праця. С. 41–42, 176–177; Базанов И. А. Вказ. праця. С. 86, 103.

⁵⁷ Право заставодержателя (кредитора) продати заставлену річ для задоволення своєї вимоги, якщо боржник не виконав своє зобов'язання.

12, 13 ст. 1). Утім ці переваги стосуються суто зобов'язальних аспектів іпотеки, тобто претендентів на погашення боргів іпотекодавця.

Верховний Суд вказує, що конструкція пріоритету спрямована на вирішення колізії прав (як цивільних, так і публічних) на той самий предмет іпотеки. Особа, право якої виникло раніше, має переважне право на задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки перед іншими суб'єктами. Пріоритет є втіленням ще римського принципу — *qui prior est tempore, potior eat jure* (перший у часі — сильніший по праву). У разі забезпечення позову у справі, де іпотекодержатель не є учасником справи, та в якій забезпечується позов щодо майна, переданого в іпотеку, та право іпотекодержателя ця особа набула до забезпечення позову, права та інтереси іпотекодержателя захищені правилами пріоритетності іпотеки, й потреби в оскарженні будь-якого забезпечення позову, з огляду на порушення прав іпотекодержателя, немає⁵⁸.

Якщо брати переваги в ширшому розумінні, властивому речовим правам, то вони пов'язані з набуттям речового права, або його прирощенням. Це стосується збільшення частки одного зі співвласників за рахунок придбання частки іншого співвласника чи припинення права спільної власності внаслідок набуття одним із співвласників всіх часток (ст. 362 ЦКУ).

Натомість на питання щодо того, чи дає можливість іпотека як речове право набуття інше речове право в переважному порядку, тобто стати власником предмета іпотеки, слід дати негативну відповідь. Законодавство про іпотеку засновано на іншому механізмі задоволення вимог кредитора-іпотекодержателя: або отримати кошти через відчуження предмета іпотеки на конкурсних засадах, або набуття права власності на предмет іпотеки, якщо це передбачено умовами договору (ст. 36 Закону України «Про іпотеку»). При цьому останній спосіб може здаватися вигідним для іпотекодержателя, хоча судова практика доводить різного роду складнощі. Тут також спостерігаються метаморфози — від категоричного заперечення цього у класичному римському праві й у праві європейських країн впритул до останніх років — до дозволу цього. Водночас із появою такого способу забезпечення виконання зобов'язання, як довірча власність (яка не є різновидом іпотеки на відміну від давньоримської фідучії), відкрився шлях до уникнення цієї проблеми взагалі й набуття одразу права власності на предмет, яким забезпечується зобов'язання.

4. Захист прав іпотекодержателя

Саме про захист прав іпотекодержателя дбає законодавець, адже іпотека є способом забезпечення виконання зобов'язання на його користь. Тому слід очікувати, що саме право іпотекодержателя буде порушуватися і його треба належним чином захистити.

Із наведеного вище про іпотеку виходить, що найбільш вразливим у схемі захисту є те, що пов'язано з державною реєстрацією. Це доводить і судова практика. Корені ж цього вбачаються у тому, що істотні зміни вчення про речове право не породили продуманих змін у способах захисту цих прав. Про тенденції, які слід урахувати,

⁵⁸ Постанова Об'єднаної палати Касаційного Цивільного Суду у складі Верховного Суду від 05.05.2025 р. у справі № 466/2651/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127423114> (дата звернення: 15.11.2025).

писалося ще у XIX ст.: за системи реєстрації, що послідовно проводиться, «не залишається місця цілій теорії речового права; її замінюють два істотно різні відділки: право рухомого майна та нерухомості. З права нерухомості разом із традицією зникає і юридичне володіння, рівно як і набувальна та позовна давність, як щодо власності, так і щодо *jura in re aliena*. Віндикаційний позов, *actio Publiciana*, юридичні засоби захисту володіння — все це зливається в один позов; залишається тільки відмінність позову за родом порушення володіння: *rei vindicatio* - *actio negatoria*. Заперечення спрощуються; відмінність *malae f.* і *bonae f. possessio* зникає. Висувається позов про запис і позначку, що захищає позивача»⁵⁹.

Неможливо з цим не рахуватися як із даністю, але попри це сучасна українська теорія речового права зовсім не опрацювала це питання, порушене ще два сторіччя тому. Власне, як у сучасній дослідницькій базі майже відсутні аналітичні наукові праці з володіння⁶⁰, хоча цілком очевидно, що традиція, поступаючись запису в реєстрі, сама по собі свідчить про розмежування речових прав на рухомі та нерухомі речі. Можна навіть із цього вивести те, що право нерухомості позбавляється властивостей *bonae fides* і перетворюється на *jus strictissimum*⁶¹.

Унаслідок таких принципових змін, які поступово складалися задля укріплення права і набуття записами в реєстрах вагомого значення, що вплинуло на відсторонення навіть традиції, дедалі частіше постає питання про можливість позиватися з вимогою саме про скасування або зміну самого запису в реєстрі, а не «причепляти» її до іншого позову.

Крім того, якщо зміцнюється принцип публічної достовірності даних реєстру, то не важливо, на підставі чого було зроблено цей запис. Навіть якщо буде визнано правочин, який послуговував титулом, недійсним, особа, позначена в реєстрі як власник, буде залишатися ним, а відповідно, обтяження іпотекою права набувача має зберігатися. Тож, постає питання про те, як захистити права цієї особи, яка набула річ, покладаючись на дані реєстру, без обтяження іпотекою, а згодом з'ясувалося, що таке обтяження існує. Принаймні нині Верховний Суд, захищаючи права власника і керуючись наміром зберегти іпотеку, повернув йому майно, обтяжене іпотекою⁶².

Іншого шляху, ніж відповідальність тих, хто веде та покликаний здійснювати контроль за веденням реєстру, не існує. Цікаво, що з цього приводу в німецькому праві спочатку застосовувалися відповідальність реєстратора та субсидіарна відповідальність держави, але згодом ситуація змінилася на протилежну — відповідати стала

⁵⁹ Див.: Базанов І. О. Вказ. праця. С. 311.

⁶⁰ Див.: Погрібний С. О. Володіння у цивільному праві : монографія. Одеса : Юрид. літ., 2002. 280 с.; Майданик Р. А. Модернізація володіння в праві України. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присв'яч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна. Харків, 24 трав. 2019 р. / МВС України, Харків нац. ун-т внутр. справ ; Харків : ХНУВС, 2019. С. 53–59; Ільків О. В. Право володіння як юридична категорія. *Юридична Україна*. 2020. № 11. С. 15–21. [https://doi.org/10.37749/2308-9636-2020-11\(215\)-2](https://doi.org/10.37749/2308-9636-2020-11(215)-2)

⁶¹ Див. аналітику по Базанову І. О. Вказ. праця. С. 310–312.

⁶² Постанова Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 09.09.2024 р. у справі № 466/3398/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/121665097> (дата звернення: 15.11.2025).

держава за дії посадовців. Адже всім користувачам реєстру байдуже, хто і як веде реєстр, важливою є лише його публічна достовірність, яку має забезпечити держава. Нині в Україні має запроваджуватися така модель.

Ще одним ракурсом обговорення тематики захисту прав з іпотеки є те, який позов мусить чи має право обирати кредитор-іпотекодержатель — чи вправі він навіть при обтяженні зобов'язання іпотекою звертатись із позовом про стягнення суми за договором? Адже кредитор як сторона зобов'язання не позбавлений звертатися з позовом проти боржника, хоча зобов'язання й було забезпечене іпотекою і він міг би заявляти речовий позов проти власника предмета іпотеки.

Натомість слід ураховувати, що коли боржник-іпотекодавець відчужує заставлену нерухомість і вона потрапляє у власність особи, яка не була стороною зобов'язання, забезпеченого іпотекою, то і борг переходить до нього, а тому й вимога погасити борг має висуватися до нього.

Варто зазначити, що набуття у власність чи продаж житлової нерухомості не означає, що новий власник зможе користуватися таким майном, оскільки судова практика фактично унеможливає виселення із єдиного житла — предмета іпотеки, яке не було придбане за рахунок кредитних коштів⁶³.

Також на нового власника житла покладається обов'язок одночасно з виселенням надати боржнику інше постійне житлове приміщення. Усталеною є правова позиція Верховного Суду, відповідно до якої у разі купівлі предмета іпотеки частково за власні і частково за кредитні кошти виселення з такого предмета іпотеки без одночасного надання іншого постійного жилого приміщення не допускається⁶⁴.

Зазначене свідчить про істотну проблему, породжену співвідношенням регулювання нормами цивільного та житлового права питань про підстави припинення права користування житлом, а якщо точніше — то проблему унормування законами різної правової філософії. Адже абсолютно очевидно, що Житловий кодекс України⁶⁵ не мав би застосовуватися до іпотечних відносин. Принаймні мали би бути продумані напрямки узгодження відповідних норм, а не механічне перенесення норм цього Кодексу, які були розроблені зовсім для іншої мети і в інших економіко-соціальних умовах, на принципово відмінні відносини.

⁶³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05.06.2019 р. у справі № 643/18788/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82998172> (дата звернення: 15.11.2025).

⁶⁴ Огляд судової практики Касаційного цивільного суду у справах щодо іпотеки. Рішення, внесені до ЄДРСР за січень 2018 року – червень 2021 року / Верховний Суд. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1151731/#:~:text=> (дата звернення: 15.11.2025).

⁶⁵ Який до 2024 р. називався Житловим кодексом УРСР і це не просто назва, а ідеологія, покладена в основу його регулювання житлових відносин, яка базувалася на цінностях соціалістичного періоду існування України.

REFERENCES

- Bank of Finland. (n.d.). <http://www.suomenpankki.fi/> [in English/Finnish].
- Baúrda, M. M. (2023). *Some Issues Concerning the Content of Civil Legal Relations in the Circulation of Mortgage Securities*. http://lsej.org.ua/5_2023/125.pdf [in Ukrainian].
- Bazánov, I. A. (1900). *The Origin of Modern Mortgage: New Trends in Patrimonial Law in Connection with the Contemporary Economic System* Moscow: Levenson. 467 pp. [in Russian].
- Bekker. (1867). *Reform of the Mortgage System as a Task of the North German Confederation*. Berlin, p. 79. [in German].
- Central Bank of the Republic of Türkiye. (n.d.). *Official website*. <http://www.tcmb.gov.tr/> [in English].
- Chabanenko, M. M. (2020). On the Marketability of Lease Rights for Land Plots in the Context of Recent Legal Conclusions of the Supreme Court. http://lsej.org.ua/9_2020/43.pdf (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Dernburg, H., & Hinrichs, C. (1877). *Das preussische Hypothekenrecht [Prussian Mortgage Law]* Leipzig, p. 47. [in German].
- Dzhafarova, V. (2020). *Legal Nature and Specific Features of State Registration of Property Rights*. *Pidpriemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo*, 2, 31–37. [in Ukrainian].
- Financial Institutions Commission. (2014). *Residential Mortgage Probability of Default Models and Methods* Retrieved November 15, 2025, from <https://www.bcfsa.ca/pdf/fid/14-0877-sup.pdf> (accessed on November 15, 2025) [in English].
- Hlibko, S. (2014). *Legal Regulation of Banks' Operations with Mortgage Bonds*. *Visnyk of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2(77), p. 118. [in Ukrainian].
- Hutorov, A. O., Zakharchuk, O. V., Gutorov, O. I., Ozarovska, A. V., & Tarasiuk, A. V. (2021). Rent as a financial instrument for regulating the development of the agrarian sector of economy. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 4(31), 349–357. <https://doi.org/10.18371/fcaptp.v4i31.190944> (accessed on November 15, 2025) [in Russian].
- Ilkiv, O. V. (2020). *The Right of Possession as a Legal Category*. *Yurydychna Ukraina*, 11, 15–21. [https://doi.org/10.37749/2308-9636-2020-11\(215\)-2](https://doi.org/10.37749/2308-9636-2020-11(215)-2) (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Ilyasova, K. (2020). *The Legal Significance of State Registration of Rights* In A. G. Didenko (Ed.), *Civil Legislation. Articles. Commentaries. Practice* (Vol. 60, p. 123). Almaty: Advokat. kontora McGreen & Partners. [in Russian].
- Kasso, L. A. (1898). *The Concept of Pledge in Modern Law*. Yuryev: K. Mattisen Press. 419 pp. [in Russian].
- Kornivska, V. O. (2019). *Transformations of Financial Intermediation Institutions under the Formation of the Information-Network Economy* [Doctoral thesis] Kyiv, p. 5. [in Ukrainian]
- Korovaiko, O. (2017). *Legal Regulation of State Registration of Rights to Real Estate during the Period of Ukrainian Independence*. *Pidpriemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo*, 11, 116–119. [in Ukrainian].

- Krainer, J., LeRoy, S., & O, M. (2009). *Mortgage Default and Mortgage* Retrieved November 15, 2025, from <https://www.frbsf.org/economic-research/files/wp09-20bk.pdf> (accessed on November 15, 2025) [in English].
- Kruchok, S. (2003). *Mortgage Lending: European Practice and Prospects for Development in Ukraine*. Kyiv: Urozhai, p. 17. [in Ukrainian].
- Kvit, N. M. (2009). *The Legal Regime of Mortgage Securities*. *Naukoryi Visnyk of the Lviv State University of Internal Affairs*, 1, 121. [Ukrainian].
- Kysil, V. (2018). *Real Estate Law: Stunning Court Decisions of 2018, Part 2. LigaZakon* https://biz.ligazakon.net/news/183491_pravo-nerukhomost-karkolomn-sudovrshennya-2018-roku-chastina-2 (accessed on November 15, 2025)[in Ukrainian].
- Latsyk, H. M. (2011). *Financial Instruments in the Mortgage Market of Ukraine* [PhD Dissertation] Ternopil, p. 6. [in Ukrainian]
- Maidanik, R. A. (2019). Modernization of Possession in the Law of Ukraine. In *Problems of Civil Law and Procedure: Abstracts of Reports of Participants of the Scientific-Practical Conference Dedicated to the Memory of O. A. Pushkin*. National University of Internal Affairs. [in Ukrainian].
- Maika, N. V. (2017). Registration of Property Rights to Another's Real Estate as a Legal Fact. *Yurydychnyi Naukovyi Elektronnyi Zhurnal*, 4, 43–45. [in Ukrainian].
- Manzhos, S. B., & Nosenko, M. S. (2013). Scientific Approaches to the Definition and Classification of Mortgage Lending Risks Secured by Industrial Real Estate *Nauka y Ekonomika*, 3(31), 192–198. [in Ukrainian].
- Martyniuk, O. A. (2014). Problems of State Registration of Rights to Real Estate. *Chasopys Kyivskoho Universytetu Prava*, 3. [in Ukrainian].
- McCord, M., McGreal, S., Berry, J., Haran, M., & Davis, P. (2011). The implications of mortgage finance on housing market affordability. *International Journal of Housing Markets and Analysis*, 4, 394–417. <https://doi.org/10.1108/17538271111172175> [in English].
- McDonald, D., & Thornton, D. (2008). A primer on the mortgage market and mortgage finance. *Review*, 90, 31–46. <https://doi.org/10.20955/r.90.31-46> [in English].
- Miroshnychenko, A. M. (2020). Lease of the Right to a Land Share (Plot) as a Type of “Obligational” Lease. *Topical Issues of Land, Agrarian and Environmental Relations in the Context of Contemporary Land Reform: Proceedings of the Scientific-Practical Conference*. Kharkiv. [in Ukrainian].
- On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Stimulating Investment Activity in Ukraine. (unofficial translation) (2019, September 20). Law of Ukraine № 132-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132-20#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine. (unofficial translation) (2003, June 19). Law of Ukraine № 980-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980-15#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Ensuring Civil Rights and Freedoms, and the Legal Regime on the Temporarily Occupied Territory of Ukraine (2014, April 15). Law of Ukraine № 1207-VII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> [in Ukrainian].
- On Guaranteeing Proprietary Rights to Real Estate Objects That Will Be Constructed in the Future. (unofficial translation) (2022, August 15). Law of Ukraine № 2518-IX. <https://>

- zakon.rada.gov.ua/laws/show/2518-20#Text (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Joint Stock Companies. (unofficial translation) (2022, July 27). Law of Ukraine № 2465-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2465-20#n1262> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Mortgage Bonds. Law of Ukraine. № 3273-IV. (2005, December 22). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3273-15#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Mortgage Lending, Consolidated Mortgage Debt Operations and Mortgage Certificates. (2003, June 19). Law of Ukraine № 979-IV (repealed by Law № 79-IX of 12.09.2019). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/979-15#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Mortgage. (2003, June 5). Law of Ukraine № 898-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Pledge. (1992, October 2). Law of Ukraine № 2654-XII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On Securities and Stock Market. Law of Ukraine № 3480-IV. (2006, February 23). № 3480-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#n2283> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- On State Registration of Corporeal Rights to Real Estate and Their Encumbrances. (2004, July 1). Law of Ukraine № 1952-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15#Text> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Podoprigora, A. A. (1997). Foundations of Roman Private Law. M. [in Russian].
- Pohribnyi, S. O. (2002). *Possession in Civil Law: A Monograph* Odesa: Yurydychna Literatura. 280 pp. [in Ukrainian].
- Pospolitak, V. V., & Khanyk-Pospolitak, R. Yu. (n.d.). Topical Issues of the Rent Contract. *NAUKOVI ZAPYSKY. T. 103. Yurydychni nauky* <https://ekmair.ukma.edu.ua/server/api/core/bitstreams/e0bacefc-6653-41db-9dd8-e6466b9e4585/content> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Prosov, V. M. (2020). Assessment of the Current Situation in the Mortgage Lending Market in Ukraine *Formuvannya rynkovykh vidnosyn v Ukrayini*, 4(227), 24–33. [in Ukrainian].
- Puchkovska, I. Y. (2009). General Characteristics of the Rent Agreement. *Problemy zakonnosti*, 104, 86–95. <https://dspace.nlu.edu.ua/jspui/handle/123456789/2675> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Puchkovskaya, I. I. (1997). *Mortgage: Pledge of Real Estate*. Kharkiv. [in Russian].
- Rodbertus, J. K. (1868). *On the Explanation and Remedy of the Current Credit Distress of Landed Property*. Berlin. [in German].
- Ruda, O. L. (2018). Formation of Mortgage Lending in Ukraine. *Efektivna ekonomika*. http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/5_2018/61 (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Sorvanets, K. V. (2004). *Mortgage Housing Market in Ukraine*. Kyiv. [in Russian].
- Spasibo- Fateyeva, I. (2021). § 2. *The Importance of State Registration for Acquiring Property Rights*. In I. V. Spasibo-Fatieieva (Ed.), *Real Estate Law: Through the Prism of Judicial Practice* (pp. 193–210). Kharkiv: EKUS. [in Ukrainian].

- Spasibo-Fateyeva, I. V. (2010). Alienation of Lease Rights. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 4, 118–127. [in Ukrainian].
- Stavniuk, V., & Tretiak, T. (2020). Legal Nature of Land Lease and Its Impact on the Procedure for Protecting Tenant Rights. *Yurydychi nauky*, 3(114), 49–59. <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2020/3.114-11> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court (2021). Review of Judicial Practice of the Civil Cassation Court in Mortgage Cases. Decisions January 2018 – June 2021 <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1151731/> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court (2025). Separate opinion of the judge in Case No. 757/29209/22-ts, February 5, 2025. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/126328293> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Civil Cassation Court, Joint Chamber. (2022, April 18). *Resolution in case № 520/1185/16-c*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104308921> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Civil Cassation Court, Joint Chamber. (2024, September 9). *Resolution in case № 466/3398/21*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/121665097> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Civil Cassation Court, Joint Chamber. (2025, May 5). *Resolution in case № 466/2651/23*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127423114> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Civil Cassation Court, Second Judicial Chamber. (2025, July 24). *Resolution in case № 725/2205/24*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/129180950> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Grand Chamber. (2019, June 5). *Resolution in case № 643/18788/15-c*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82998172> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Grand Chamber. (2024, May 22). *Resolution in case № 754/8750/19*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/119583712> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- Supreme Court, Grand Chamber. (2025, June 25). *Resolution in case № 761/382/21*. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/128876523> (accessed on November 15, 2025) [in Ukrainian].
- System des Preussischen Allgemeinen Landrechts. (1852). *System of the Prussian General State Laws*. Paderborn, p. 129. [in German].
- Tax Code of Ukraine (2010). Law of Ukraine № 2755-VI <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (accessed on November 15, 2025). [in Ukrainian].
- The Jolly Contrarian. (n.d.). *Financial Collateral Directive*. Retrieved October 28, 2025, from https://jollycontrarian.com/index.php?title=Financial_Collateral_Directive (accessed on November 15, 2025) [in English].
- Udintsev, V. S. (1903). Subscription in Faith: On the Doctrine of Ancient Russian Pledge. Kyiv: Typ. S. V. Kulzhenko. [in Russian].
- Verhandlungen, betreffend die Enquête. (n.d.). *Proceedings Concerning the Inquiry*, p. 238. [in German]

- Vnukova, N. M., Vnukova, N. M., & Bazhanov, O. Ye. (2008). *The Mortgage Market: Theory and Practice* Kharkiv: VD Inzhek. 192 pp. [in Ukrainian].
- von der Hagen. (1836). *The Owner's Mortgage* Arnsberg, p. 283. [in German].
- Willmanns. (1868). *On the Reform of Mortgage and Foreclosure Laws* Berlin, p. 13. [in German].
- Yevtukh, O. T. (2002). *The Mortgage Mechanism for the Efficient Use and Development of Real Estate* [Doctoral thesis] Kyiv. 32 pp. [in Ukrainian].
- Zvonytsky, A. S. (1912). *On Pledge under Russian Law*. Kyiv, p. 174. [in Russian].

Spasybo-Fateyeva Inna
Dr. Sc. (Law), Professor
Head of the Department of Civil Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

Spasybo-Fateyeva Inna. Mortgage in Retrospect and in the Perspective of Lawmaking

Abstract

The article is devoted to reviewing the formation of the doctrine of mortgage in historical and comparative dimensions. A mortgage is examined as an economic, financial, and legal category. In the first two cases, the mortgage is characterized as a financial instrument capable of circulation, and it is demonstrated that this feature influences its legal characterization. The relevance of the topic is confirmed by the presence of numerous disputes and issues that have arisen in judicial practice in the absence of proper theoretical comprehension of the phenomenon of mortgage within modern economic and legal conditions. To illustrate the significance of these issues, an analysis of case law is provided. By applying comparative-legal, historical-legal, and formal methods, it becomes possible to propose solutions for practical problems and trace changes in the theoretical foundations and developmental trends of the doctrine of mortgage. The article highlights the issues of state registration of a mortgage as an encumbrance on ownership rights, as well as ownership of property encumbered by a mortgage. Considerations are presented regarding the accessory and abstract nature of a mortgage in connection with the principal obligation secured by it. In the context of the legal characterization, attention is drawn to the combination of proprietary and obligatory elements of a mortgage. The legal positions of the Supreme Court concerning the protection of the rights of the owner of mortgaged property and of the bona fide acquirer are also examined.

Keywords: *mortgage, method of securing the performance of an obligation, accessory nature, abstract nature*



Посікіра Роман
адвокат, керуючий
«Адвокатським бюро Романа Посікіри»
Львів, Україна
e-mail: posikiraroman@gmail.com

УДК 347.4

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-122-138>

LEX COMMISSORIA: СВІТОВИЙ ДОСВІД І УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

Посікіра Роман. Lex commissoria: світовий досвід і українські реалії

Анотація

Наукову статтю присвячено аналізу світового досвіду розвитку інституту *lex commissoria*, тобто договірної умови, яка дозволяє кредиту (заставодержателю) у разі невиконання боржником (заставадавцем) свого зобов'язання в позасудовому порядку набути права власності на предмет застави. Актуальність дослідження полягає в потребі усунення правової невизначеності в механізмі звернення стягнення на предмет іпотеки в Україні шляхом адаптації сучасних європейських підходів. Метою статті є дослідження генези та напрямів розвитку *lex commissoria* в різних правових системах, аналіз стану правового регулювання, практики застосування, а також напрямів удосконалення інституту звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя в Україні. Досліджено розвиток названого інституту в римському праві, праві континентальної Європи, Англії, США та Європейського Союзу. Визначено тенденції розвитку *lex commissoria* через призму забезпечення стабільності цивільного обороту та необхідності захисту іпотекодавця як незахищеної сторони відповідних правових відносин. У роботі застосовано історичний, порівняльно-правовий, формально-логічний і системно-структурний методи наукового пізнання. Досліджено розвиток названого інституту в римському праві, праві континентальної Європи, Англії, США та Європейського Союзу. Визначено тенденції розвитку *lex commissoria* крізь призму забезпечення стабільності цивільного обороту та необхідності захисту іпотекодавця як незахищеної сторони відповідних правових відносин. Вказано на основні недоліки правового регулювання та практичного застосування інституту *lex commissoria* в Україні, зокрема, на підставі аналізу таких аспектів, як визначення суми заборгованості при зверненні стягнення на предмет застави, проведення оцінки заставного майна, а також обставин, які унеможливають чи утруднюють застосування цього способу звернення стягнення на предмет застави, таких як мораторії, обтяження, перешкоди в користуванні майном. Зроблено висновок, що українське законодавство у цій сфері не базується на жодній із моделей, які напрацьовані у правових системах інших країн, та не забезпечує необхідного балансу інтересів кредиторів та стягувачів. Запропоновано втілити в українському законодавстві найбільш прогресивні підходи, які б забезпечували як стабільність ринку та інтеграції у світову фінансову систему, так і захист прав споживачів.

Ключові слова: *lex commissoria*, іпотека, застава, договір про задоволення вимог іпотекодержателя, обтяження, оцінка майна.

Вступ

Кредитні відносини є важливою складовою правової та економічної системи, одним з аспектів якої є інтерес кредиторів у забезпеченні повернення боргів. Цьому, зокрема, служить інститут забезпечення зобов'язань, ключовим елементом якого є застава (іпотека). У всі часи та у всіх правових системах поставало питання забезпечення права забезпеченого кредитора швидко та безперешкодно звернути стягнення на предмет застави та повернути позичені кошти, наслідком чого стали створення та розвиток такого способу звернення стягнення на предмет застави шляхом набуття кредитором права власності на заставне майно, що має назву *lex commissoria*.

У статті розкрито недоліки правового регулювання інституту *lex commissoria* в Україні та запропоновано загальні підходи до його вдосконалення на основі світового досвіду з метою забезпечення стабільності обороту та дотримання балансу інтересів усіх учасників боргових та забезпечувальних відносин.

Метою статті є дослідження генези та напрямів розвитку *lex commissoria* в різних правових системах, аналіз стану правового регулювання, практики застосування, а також напрямів удосконалення інституту звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя в Україні.

Методи дослідження

У дослідженні застосовано комплекс наукових методів: історичний — для простеження еволюції *lex commissoria*; порівняльно-правовий — для зіставлення регулювання в різних правових системах; формально-логічний — для аналізу норм чинного законодавства; системно-структурний — для виявлення взаємозв'язків між елементами механізму звернення стягнення; а також аналіз судової практики й елементи правового моделювання для формування пропозицій щодо вдосконалення українського законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Питання правового регулювання іпотеки були тією чи іншою мірою предметом досліджень таких учених, як: А. А. Герц, О. С. Кізлова, В. Ю. Малий, І. О. Проценко, І. І. Пучковська, І. В. Спасибо-Фатєєва, А. Р. Чанишева та ін.

Дослідженню договору про задоволення вимог іпотекодержателя за цивільним законодавством України присвячене дисертаційне дослідження В. С. Горбачової.

Однак слід зауважити, що в цих працях не приділялася достатня увага досліджуваному в цій статті питанню.

Результати дослідження

1. Розвиток інституту *lex commissoria* у правових системах світу

У центрі права забезпечених зобов'язань лежить фундаментальний правовий інститут, відомий як *lex commissoria* (комісорна угода). Цей термін позначає договірну умову, яка дозволяє кредитору (заставодержателю) у разі невиконання боржником (заставадодатцем) свого зобов'язання автоматично та в позасудовому порядку набутти права власності на предмет застави. Ця концепція втілює в собі одвічний конфлікт, що пронизує всю історію договірної та комерційної права: з одного боку, потреба кредитора у швидкому, ефективному та недорогому способі задоволення своїх вимог для мінімізації кредитного ризику, а з іншого — інтерес держави у захисті боржників від конфіскації майна, експлуатації та несправедливого збага-

чення кредитора, особливо у випадках, коли вартість заставленого активу значно перевищує суму боргу¹.

Почнемо з порівняльно-правового аналізу доктрини *lex commissoria*, простежуючи її еволюцію від історичної заборони в римському праві до її сучасного застосування в різних правових системах світу.

Історичне коріння сучасної дискусії навколо *lex commissoria* сягає глибин римського права, де ця договірна конструкція пройшла шлях від визнання до категоричної заборони, заклавши фундамент для правового регулювання на наступні століття. У ранній класичний період римського права *lex commissoria* була цілком законною та поширеною договірною умовою. Вона надавала кредитору право автоматично набутти права власності на заставлене майно, якщо боржник не виконував зобов'язання у встановлений строк.

Цей підхід відповідав загальному духу раннього римського права, зокрема Законів XII таблиць, які характеризувалися суворими та формалізованими правилами, а також орієнтацією на приватні засоби захисту, що часто мали каральний характер².

Переломним моментом в історії *lex commissoria* стало прийняття так званої «добродійної конституції» імператора Костянтина у 320 р. н. е. Цей імператорський едикт оголосив усі подібні угоди недійсними. Будь-які умови, що дозволяли кредитору після настання строку витребування боргу залишити предмет застави за собою, відчужувати його на власний розсуд або за задалегідь визначеною ціною, були заборонені. Це було одне з найвизначніших втручань публічної політики у сферу приватних контрактів у пізній Римській імперії³.

Рішення Костянтина було зумовлене комплексом соціально-економічних та етичних міркувань, які й досі залишаються актуальними.

Захист вразливого боржника: основною причиною заборони був захист економічно слабшого учасника правовідносин. Як зазначають дослідники, ця норма була винайдена для випадку «незamoжного землевласника, що потрапив у тенета хитрого лихваря». Право визнавало іманентну нерівність переговорних позицій між особою, яка гостро потребує коштів, та кредитором, що дозволяло останньому нав'язувати кабальні умови.

Запобігання несправедливому збагаченню: заборона була спрямована на боротьбу з поширеною практикою, коли вартість заставленого майна значно перевищувала суму боргу. У разі невиконання зобов'язання кредитор отримував актив, вартість якого була неспівмірною з його втратами, що призводило до несправедливого збагачення за рахунок боржника.

¹ Pactum Commissorium Complete Notes | PDF | Mortgage Law | Foreclosure – Scribd. URL: <https://www.scribd.com/document/376141032/98936792-Pactum-Commissorium-Complete-Notes> (last accessed: 26.09.2025).

² The Standards of Care & the Lex Aquilia Roman Laws. URL: <https://roman-empire.net/society/lex-aquilia-laws> (last accessed: 26.09.2025).

³ The Contribution of Roman Law to Modern Legal Systems – VoegelinView. URL: <https://voegelinview.com/the-contribution-of-roman-law-to-modern-legal-systems/> (last accessed: 26.09.2025).

Дотримання суспільної моралі та порядку: заборона *lex commissoria* відображала ширший римський правовий та етичний принцип, згідно з яким договори мають бути справедливими, а не інструментами гноблення. Цей принцип можна узагальнити максимою: «жити чесно, нікому не шкодити, кожному віддавати належне». Держава втрутилася, щоб запобігти результатам, які суперечили добрим звичаям та публічній політиці, встановлюючи межі договірної свободи⁴.

Таким чином, заборона *lex commissoria* була не просто технічним правилом договірної свободи, а фундаментальним проявом соціальної та економічної політики пізньої Римської імперії. Вона знаменувала собою перехід до державного інтервенціонізму з метою виправлення дисбалансу сил у приватних відносинах. Цей едикт встановив правовий прецедент, який мав величезний вплив на розвиток європейського права і став прообразом сучасних концепцій захисту прав споживачів та регулювання несправедливих умов договорів.

Римсько-правова заборона *lex commissoria* стала наріжним каменем для континентальної правової традиції. Через процес рецепції римського права цей принцип був глибоко інтегрований у цивільні кодекси європейських країн у XIX ст., ставши загальновизнаною нормою. Однак у XXI ст. ця, здавалося б, непорушна доктрина зазнала значної трансформації, яскравим прикладом якої є реформа французького законодавства.

Процес кодифікації цивільного права в Європі закріпив заборону *lex commissoria* як імперативну норму, що обмежувала свободу договору в інтересах захисту боржника.

Франція: Кодекс Наполеона 1804 р. став взірцем для багатьох цивільних кодексів. Його ст. 2078 чітко встановлювала, що «будь-яке застереження, яке уповноважує кредитора привласнити заставу або розпорядитися нею, є нікчемним». Ця норма втілювала абсолютну заборону, не допускаючи жодних винятків.

Німеччина: Німецьке цивільне уложення (BGB) у § 1229 містить аналогічну заборону щодо умов, які передбачають перехід права власності на предмет застави до кредитора.

Австрія: Загальне цивільне уложення Австрії (ABGB) у § 1371 прямо зазначає, що договір, «відповідно до якого заставадержателю у разі незадоволення або несвоєчасного задоволення має перейти право власності на майно, є нікчемним».

Інші юрисдикції: цей принцип був відтворений у законодавстві багатьох інших країн, що свідчить про його загальноєвропейське визнання. Серед них Швейцарія (ст. 816 Цивільного кодексу), Італія (ст. 2744 Цивільного кодексу), Іспанія (ст. 1859 Цивільного кодексу) та Нідерланди (ст. 3:268(5) Цивільного кодексу)⁵.

На початку XXI ст. потреби сучасного комерційного обігу, що вимагали більшої гнучкості та ефективності, призвели до кардинального перегляду традиційної заборо-

⁴ Pactum Commissorium Complete Notes | PDF | Mortgage Law | Foreclosure – Scribd. URL: <https://www.scribd.com/document/376141032/98936792-Pactum-Commissorium-Complete-Notes> (last accessed: 26.09.2025).

⁵ What is pactum commissorium? - Inquirer Business. URL: <https://business.inquirer.net/374770/what-is-pactum-commissorium> (last accessed: 26.09.2025).

ни у Франції. Ордонанс від 23 березня 2006 р. реформував право забезпечень, запровадивши регульований механізм, відомий, як *pacte commissoire*.

Нова ст. 2348 Цивільного кодексу: ця реформа змінила парадигму від абсолютної заборони до регульованого дозволу. Нова норма дає сторонам можливість домовитися — як при встановленні застави, так і згодом — що у разі невиконання забезпеченого зобов'язання кредитор стає власником закладеного майна.

Ключовий запобіжник: справедлива оцінка: критично важливим нововведенням, що відрізняє сучасний *pacte commissoire* від його римського попередника, є обов'язкова вимога щодо оцінки вартості майна. Вартість визначається експертом на день переходу права власності. Якщо вартість майна перевищує суму забезпеченого боргу, різниця обов'язково повертається боржникові або, за наявності інших кредиторів, депонується. Будь-яке застереження, що суперечить цьому правилу, вважається нікчемним¹.

Ця реформа є свідченням фундаментальної зміни в основній політиці захисту боржника. Акцент змістився із запобігання самому акту привласнення на запобігання його економічним наслідкам — несправедливому збагаченню. Якщо раніше право намагалося захистити боржника, забороняючи процедуру, то тепер воно захищає його, гарантуючи справедливий фінансовий результат. Ця модернізація правової думки дала змогу адаптувати законодавство до потреб складних комерційних відносин, зберігши при цьому ключовий принцип справедливості⁶.

Система загального права, зокрема право Англії та Уельсу, розробила власний механізм для досягнення тієї самої мети, що й заборона *lex commissoria* у цивільному праві. Однак, на відміну від чіткої статутної заборони, тут діє гнучка доктрина справедливості, відома як заборона «обтяжень права на викуп» (*clog on the equity of redemption*). Цей підхід демонструє принципово іншу правову методологію, засновану на суддівській правотворчості та оцінці суті правочину.

Ця доктрина дозволяє боржнику викупити своє майно, сплативши борг, відсотки та витрати, навіть після спливу договірної дати платежу. В основі цієї доктрини лежить фундаментальний принцип: «один раз іпотека — завжди іпотека» (*once a mortgage, always a mortgage*), що означає, що правочин, який, по суті, є забезпеченням, не може бути перетворений на безповоротну передачу власності.

На захист справедливого права на викуп виникла доктрина «обтяжень та кайданів» (*clogs and fetters*). Відповідно до цієї доктрини, будь-яка умова в іпотечному договорі, що перешкоджає, обмежує або унеможливає викуп боржником свого майна після сплати боргу, є недійсною. Така умова є функціональним еквівалентом *lex commissoria*⁷.

Правова система Сполучених Штатів Америки пропонує третій, відмінний підхід до проблеми задоволення вимог кредитора. На відміну від абсолютної заборони в традиційному цивільному праві та доктрин справедливості в загальному праві, аме-

⁶ What is pactum commissorium? - Inquirer Business. URL: <https://business.inquirer.net/374770/what-is-pactum-commissorium> (last accessed: 26.09.2025).

⁷ C. C. Williams Jr., *Clogging the Equity of Redemption* - The Research Repository @ WVU - West Virginia University, (1933) URL: <https://researchrepository.wvu.edu/wvnlr/vol40/iss1/4> (last accessed 26.09.2025)

риканське право, кодифіковане у ст. 9 Єдиного комерційного кодексу (далі — ЄКК), встановлює деталізовану процедурну систему. Ця система відкидає ідею конфіскації майна, натомість дозволяючи позасудове звернення стягнення, але підпорядковуючи його суворим правилам, спрямованим на захист економічних інтересів боржника⁸.

Центральним елементом американського підходу є стандарт «комерційної обґрунтованості» (commercial reasonableness). Розділ 9-610 ЄКК встановлює, що «кожен аспект відчуження застави, включаючи метод, спосіб, час, місце та інші умови, має бути комерційно обґрунтованим». Це гнучкий, заснований на фактах стандарт, який вимагає від кредитора діяти добросовісно та докладати розумних зусиль для отримання найкращої можливої ціни за майно. Фактично, кредитор під час продажу майна діє як фідучіарій щодо боржника, зобов'язаний максимізувати вартість реалізації.

Для забезпечення дотримання стандарту комерційної обґрунтованості ст. 9 ЄКК встановлює низку чітких процедурних гарантій.

Повідомлення: забезпечений кредитор зобов'язаний надати «розумне автентифіковане повідомлення про відчуження» боржнику та іншим молодшим кредиторам, як правило, не менше ніж за 10 днів до дати продажу. Це дає боржнику можливість викупити майно, знайти альтернативного покупця або проконтролювати процес продажу.

Право на придбання: можливість кредитора придбати заставлене майно для себе (так званий credit bid) суворо обмежена, щоб уникнути зловживань та заниження ціни. Як правило, кредитор може придбати майно лише на публічних торгах, де є конкуренція. Придбання майна на приватних торгах дозволяється лише у виняткових випадках, коли майно належить до типу, що «зазвичай продається на визнаному ринку» (наприклад, акції, що котируються на біржі), де ціна визначається зовнішніми ринковими механізмами, а ризик маніпуляцій є мінімальним⁹.

Система, встановлена ст. 9 ЄКК, є прагматичним та комерційно орієнтованим рішенням. Вона визнає потребу кредиторів у ефективних позасудових засобах захисту, але замінює повну заборону на обов'язок діяти чесно та розумно. Наслідком порушення цього обов'язку є не недійсність права кредитора, а його відповідальність за збитки, завдані боржнику через комерційно необґрунтований продаж.

На тлі традиційних національних заборон lex commissoria право Європейського Союзу (далі — ЄС) створило потужний виняток, що кардинально змінив правила гри на фінансових ринках. Директива 2002/47/ЄС про фінансові застави (Financial Collateral Directive, FCD) встановила гармонізований режим, який надає пріоритет ефективності та стабільності ринку, свідомо відступаючи від патерналістських норм захисту боржника.

Директива була прийнята з метою створення єдиної та спрощеної правової бази для використання фінансового забезпечення (готівки, фінансових інструментів та

⁸ What is “Commercially Reasonable” in UCC Article 9 Sales? URL: <https://www.flblaw.com/what-is-commercially-reasonable-in-ucc-article-9-sales/> (last accessed: 26.09.2025).

⁹ A LOOK AT THE FRIENDLY FORECLOSURE OPTION - Blank Rome LLP. URL: <https://www.blankrome.com/sites/default/files/756D76BFE4CA7FC69A41BFDC25A7DA81.pdf> (last accessed: 26.09.2025).

кредитних вимог) у транскордонних операціях на території ЄС. Основні цілі полягали у такому:

- зниження кредитного ризику: спрощення процедур звернення стягнення на заставу мало на меті зменшити ризики для кредиторів;
- підвищення правової визначеності: усунення розбіжностей між національними законодавствами, які створювали невизначеність щодо дійсності та можливості примусового виконання угод про фінансове забезпечення;
- обмеження системного ризику: забезпечення швидкого та неформального виконання угод у разі дефолту однієї з фінансових установ мало запобігти «ефекту доміно» (зараженню) та захистити стабільність фінансової системи в цілому¹⁰.

Ключовим нововведенням Директиви є закріплення у ст. 4 права кредитора на «привласнення» (arrrogiation) фінансової застави у разі настання події, що є підставою для звернення стягнення, за умови, що така можливість прямо передбачена в угоді про забезпечення. Єдиною важливою умовою є те, що угода повинна містити положення про оцінку фінансової застави та виконання зобов'язань. Цей механізм застосовується лише до угод між юридичними особами (нефізичними особами), переважно між фінансовими установами, центральними банками, кліринговими палатами та іншими професійними учасниками ринку¹¹.

Німеччина, незважаючи на сувору заборону *lex commissoria* у § 1229 свого Цивільного кодексу (BGB), імплементувала Директиву не шляхом створення окремого закону, а через внесення змін до низки наявних актів, зокрема Закону про банківську діяльність (KWG) та Кодексу про неплатоспроможність (InsO)¹².

Італія імплементувала Директиву шляхом прийняття Законодавчого декрету № 170/2004. Цей акт безпосередньо переніс принципи Директиви в італійське право, дозволивши привласнення фінансових інструментів, якщо це передбачено угодою та здійснюється за комерційно обґрунтованими критеріями оцінки. Так, було створено спеціальний виняток із загальної заборони, встановленої ст. 2744 італійського Цивільного кодексу, для сфери фінансових ринків¹³.

Директива про фінансове забезпечення є яскравим прикладом свідомого політичного вибору на рівні ЄС. Було визнано, що для забезпечення системної стабільності та ефективності оптових фінансових ринків традиційний, патерналістський захист боржника має поступитися місцем довірчій свободі та швидкому, неформальному виконанню для досвідчених учасників ринку. Отже, Директива створює «особливу правову зону», де звичайні правила цивільного обіроту, розроблені для захисту

¹⁰ Financial Collateral Directive - The Jolly Contrarian. URL: https://jollycontrarian.com/index.php?title=Financial_Collateral_Directive (last accessed: 26.09.2025).

¹¹ Financial collateral and Brexit: a comparative perspective | Akin Gump. URL: <https://www.akingump.com/en/insights/media-mentions/journal-of-intl-banking-and-financial-law-publishes-akin-gump-article-on-financial-collateral-and-brexit> (last accessed: 26.09.2025).

¹² Financial collateral and Brexit: a comparative perspective | Akin Gump. URL: <https://www.akingump.com/en/insights/media-mentions/journal-of-intl-banking-and-financial-law-publishes-akin-gump-article-on-financial-collateral-and-brexit> (last accessed: 26.09.2025).

¹³ Italy - IFLR. URL: <https://www.iflr.com/article/2a63rlc2bjc23pip5hibk/italy> (last accessed: 26.09.2025).

слабшої сторони, призупиняються. Це демонструє багаторівневий підхід до захисту боржника: максимальний захист для споживачів та у загальних комерційних відносинах, але режим, заснований на ефективності та автономії волі сторін, для складних фінансових ринків, де швидкість та визначеність є критично важливими.

Незважаючи на тенденції до лібералізації у деяких сферах, традиційна заборона *lex commissoria* залишається міцно вкоріненою у правових системах багатьох країн. Водночас судова практика виробила важливі розмежування, що дозволяють відрізнити заборонені умови про автоматичну конфіскацію від законних способів регулювання боргу після невиконання зобов'язання. Цей аналіз допомагає зрозуміти справжню суть заборони та її межі.

Проведений порівняльно-правовий аналіз *lex commissoria* та її аналогів демонструє, що, попри спільне історичне коріння, що сягає римського права, сучасні правові системи обрали різні шляхи регулювання позасудового звернення стягнення на предмет застави. Ці шляхи відображають різний баланс між захистом боржника та ефективністю для кредитора, що зумовлено економічними потребами та правовими традиціями кожної юрисдикції.

Незважаючи на різноманітність підходів, можна простежити чітку глобальну тенденцію, особливо в комерційному та фінансовому праві: рух від абсолютної заборони до регульованого виконання. Центральним елементом цієї тенденції є зміна фокусу з акту привласнення на його економічний результат. Сучасні реформи, як у Франції, так і на рівні ЄС, показують, що привласнення стає прийнятним, якщо боржнику гарантується отримання справедливої ринкової вартості його активу. Це свідчить про еволюцію правової думки: головна небезпека полягає не в самій процедурі, а в ризику несправедливого збагачення кредитора.

Для правових систем, які, подібно до України, розглядають можливість реформування законодавства про забезпечені зобов'язання, вибір моделі має залежати від конкретної політико-правової мети.

Для захисту прав споживачів та у відносинах з очевидно слабкою стороною суворо заборона або високорегульована процедурна модель (на кшталт ЄКК США) залишаються найбільш доцільними.

Для загальних комерційних відносин між юридичними особами французька модель «привласнення з оцінкою» пропонує переконливий баланс між ефективністю та справедливістю.

Для регулювання складних фінансових ринків (операції з деривативами, репо, цінними паперами) модель Директиви ЄС є орієнтиром для підвищення стабільності ринку та інтеграції у світову фінансову систему.

Майбутнє *lex commissoria*, ймовірно, полягатиме не в уніфікації, а в подальшій диференціації правового регулювання, яке буде гнучко адаптуватися до різних типів правовідносин, визнаючи, що єдиного рішення, яке б однаково добре працювало для захисту споживача та для забезпечення стабільності міжбанківського ринку, не існує.

2. Особливості інституту *lex commissoria* в Україні

Загальні питання

Історично в Україні інститут *lex commissoria* закріплений у нормах статей 35–38 Закону України «Про іпотеку», які встановлюють, що сторони іпотечного договору можуть вирішити питання про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору. Позасудове врегулювання здійснюється згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі, або згідно з окремим договором між іпотекодавцем і іпотекодержателем про задоволення вимог іпотекодержателя, що підлягає нотаріальному посвідченню.

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками, може передбачати:

- передачу іпотекодержателю права власності (спеціального майнового права) на предмет іпотеки за рахунок виконання основного зобов'язання у порядку, встановленому ст. 37 цього Закону;
- право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу у порядку, встановленому ст. 38 цього Закону¹⁴.

Процедурні питання цього виду звернення стягнення на предмет іпотеки закріплені в правових нормах законодавства про нотаріат, про реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень та про оцінку майна.

Інститут *lex commissoria* приваблює кредиторів насамперед швидкістю та повним контролем, оскільки заставадавець, фактично, не має впливу на цей процес.

Водночас маємо констатувати, що іпотекодержатель також стикається з низкою перешкод, які значно утруднюють, а подеколи унеможливають застосування цього позасудового способу звернення стягнення на предмет іпотеки.

Далі ми розглянемо основні питання та проблеми застосування звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя.

3. Визначення суми боргу за основним зобов'язанням

Першим наріжним каменем застосуванні *lex commissoria* є визначення суми боргу за основним зобов'язанням на момент звернення стягнення.

Частина 1 ст. 7 Закону України «Про іпотеку» зазначає, що за рахунок предмета іпотеки іпотекодержатель має право задовольнити свою вимогу за основним зобов'язанням у повному обсязі або в частині, встановленій іпотечним договором, що визначена на час виконання цієї вимоги, включаючи сплату процентів, неустойки, основної суми боргу та будь-якого збільшення цієї суми, яке було прямо передбачене умовами договору, що обумовлює основне зобов'язання¹⁵.

¹⁴ Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#n284> (дата звернення: 10.10.2025).

¹⁵ Там само.

Розглянемо, як визначається сума заборгованості за основним зобов'язанням при зверненні стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку.

Відповідно до вимог ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку», у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі зазначається, зокрема, стислий зміст порушених зобов'язань, який, очевидно, має містити дані про розмір заборгованості за основним зобов'язанням.

Підпункт 3 п. 61 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень встановлює, що для здійснення державної реєстрації права власності на предмет іпотеки іпотекодержатель подає державному реєстратору довідку, що містить відомості про суму боргу за основним зобов'язанням станом на дату не раніше 10 днів до дня подання документів для проведення відповідної державної реєстрації¹⁶.

Отже, констатуємо, що розмір заборгованості за основним зобов'язанням визначається іпотекодержателем, а іпотекодавець участі у цьому не бере.

При цьому, якщо при вчиненні виконавчого напису існує присікальний трирічний строк для нарахування боргу, а при зверненні стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку розмір заборгованості обмежується строком позовної давності, то при зверненні стягнення на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя закон не встановлює жодних часових обмежень для нарахування боргу. Тож, закон дає можливість іпотекодержателю задовольнити за рахунок іпотеки вимоги, які є задованими та щодо яких пройшов строк позовної давності. Очевидно, що це не відповідає засадам справедливості, добросовісності та розумності, які встановлені ст. 3 Цивільного кодексу України.

На цю проблему звертає увагу, зокрема В. І. Крат: «Звернення стягнення кредитором у позасудовому порядку на предмет іпотеки дозволяє кредитору обійти охорону, що надається боржнику (іпотекодавцю) при спливі позовної давності, і досягнути результату, який недоступний кредитору при пред'явленні позовної вимоги про звернення стягнення, і яка забезпечує можливість боржнику (іпотекодавцю) заявити про застосування до неї позовної давності. Тобто складається доволі нерозумна ситуація: зі спливом позовної давності і неможливістю звернути стягнення в судовому порядку кредитор зберігає можливість звернути стягнення в позасудовому порядку на предмет іпотеки, без забезпечення можливості боржнику (іпотекодавцю) заявити про застосування позовної давності.

Приватне право навряд чи може допускати ситуацію, за якої кредитор, при існуванні натурального зобов'язання, зберігає можливість звернути стягнення в позасудовому порядку на предмет іпотеки, оскільки це позбавляє боржника (іпотекодавця) можливості заявити про застосування позовної давності. Тому кредитор для охорони інтересів боржника (іпотекодержателя) може звертати стягнення лише в судовому порядку шляхом пред'явлення позову про звернення стягнення»¹⁷.

¹⁶ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Постанова Каб. Міністрів України від 25.12.2015 № 1127. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1127-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.10.2025).

¹⁷ Крат В. І. Трохи міркувань про натуральне зобов'язання та іпотеку. URL: <https://t.me/glossema/1770> (дата звернення: 10.10.2025).

Таким чином, у питанні визначення суми боргу при застосуванні розглядуваного позасудового способу звернення стягнення на предмет іпотеки бачимо кричущі недоліки правового регулювання та відсутність балансу інтересів сторін іпотечних правовідносин.

4. Оцінка майна — предмета іпотеки

Іншим ключовим питанням при застосуванні *lex commissoria* є проведення оцінки майна — предмета іпотеки, право власності на яке втрачає іпотекодавець.

Зокрема, ч. 5 ст. 37 Закону України «Про іпотеку» визначено, що іпотекодержатель набуває предмет іпотеки у власність за вартістю, визначеною на момент такого набуття на підставі оцінки предмета іпотеки суб'єктом оціночної діяльності.

Частина 6 ст. 38 Закону України «Про іпотеку» встановлює, що ціна продажу предмета іпотеки встановлюється за згодою між іпотекодавцем і іпотекодержателем або на підставі оцінки майна суб'єктом оціночної діяльності, на рівні, не нижчому за звичайні ціни на цей вид майна.

При цьому підп. 3 п. 61 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень встановлює, що для здійснення державної реєстрації права власності на предмет іпотеки іпотекодержатель подає державному реєстратору довідку, що, зокрема, містить відомості про вартість предмета іпотеки, визначену суб'єктом оціночної діяльності, станом на дату не раніше 90 днів до дня подання документів для проведення відповідної державної реєстрації.

Це, очевидно, викликало масу судових спорів щодо того, чи повинен іпотекодержатель подавати для державної реєстрації сам звіт про оцінку, в якому порядку така оцінка має проводитися та які вимоги мають ставитися до звіту про оцінку.

На деякі з цих питань спробувала дати відповідь Велика Палата Верховного Суду в постанові від 13.03.2024 р. у справі № 201/15228/17, яка, констатує зазначену невідповідність між законом та підзаконним нормативно-правовим актом, виснувала, що виходячи із принципу *lex superior*, «у разі суперечності застосовуються норми, що закріплюються в нормативно-правових актах, які мають більш високу юридичну силу», хоч Порядком про державну реєстрацію речових прав та їх обтяжень не було передбачено обов'язкового надання оцінки предмета іпотеки, проте така вимога містилася у ч. 3 ст. 37 Закону України «Про іпотеку», що має вищу юридичну силу¹⁸.

У цій постанові було підтримано висновки Великої Палати Верховного Суду, висловлені в постановах від 23.01.2019 р. у справі № 306/1224/16 та від 20.03.2019 р. у справі № 306/2053/16, що ціна набуття права власності на предмет іпотеки є істотною обставиною, яка впливає на визначення правомірності державної реєстрації переходу права власності на іпотечне майно при позасудовому врегулюванні та щодо обов'язковості подання державному реєстратору документа про експертну оцінку предмета іпотеки для проведення державної реєстрації права власності на предмет іпотеки за іпотекодержателем.

¹⁸ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13.03.2024 р. у справі № 201/15228/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118393645> (дата звернення: 10.10.2025).

Хочемо звернути увагу, що Велика Палата Верховного Суду в згадуваній постанові зазначає про необхідність подання державному реєстратору документа про експертну оцінку предмета іпотеки, що, на нашу думку, не зовсім відповідає нормі ч. 3 ст. 37 Закону України «Про іпотеку», де говориться про оцінку предмета іпотеки суб'єктом оціночної діяльності. А ці два поняття не є тотожними¹⁹.

Так само часто виникає питання, чи при проведенні оцінки необхідним є ознайомлення з об'єктом оцінки шляхом безпосереднього доступу до такого об'єкта нерухомого майна. З цього приводу Велика Палата Верховного Суду в постанові від 25.06.2025 р. у справі № 761/382/21 вказала, що визначальним при цьому є наявність (встановлення) порушення прав чи законних інтересів іпотекодавця, яким може бути, наприклад, набуття іпотекодержателем предмета іпотеки у власність за явно заниженою ціною²⁰.

Цікавим також є висновок Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду, який у постанові від 21.09.2021 р. у справі № 310/2400/18 зазначив, що оскільки суди встановили, що інформація зі звіту про оцінку майна не включена до єдиної бази даних звітів про оцінку, то суди обґрунтовано не взяли до уваги звіт про оцінку спірної квартири²¹.

Усе наведене свідчить про низьку якість законодавчого регулювання питання оцінки нерухомого майна — предмета іпотеки при позасудовому стягненні на предмет іпотеки, що спричиняє правову невизначеність для усіх учасників цих відносин: сторін іпотечного договору, нотаріусів, державних реєстраторів, суб'єктів оціночної діяльності.

Також очевидним є порушення балансу інтересів, оскільки іпотекодавець не має жодного впливу на проведення оцінки майна — предмета іпотеки та змушений захищати свої права та інтереси постфактум у суді.

5. Перешкоди в застосуванні *lex commissoria*

Попри зміщення балансу інтересів на користь іпотекодержателя, існують певні обставини, які роблять для нього невігідним або ускладненим застосування цього інституту звернення стягнення на предмет іпотеки.

По-перше, кредитори часто стикаються із встановленими законодавством на звернення стягнення на предмет, перший з яких був викликаний необхідністю забезпеченні інтересів т. зв. «валютних» позичальників, які постраждали внаслідок знецінення гривні, а другий — наявним воєнним станом.

¹⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13.03.2024 р. у справі № 201/15228/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118393645> (дата звернення: 10.10.2025).

²⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25.06.2025 р. у справі № 761/382/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118393645> (дата звернення: 10.10.2025).

²¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 21.09.2021 р. у справі № 310/2400/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101138334> (дата звернення: 10.10.2025).

По-друге, це положення ст. 36 Закону України «Про іпотеку», відповідно до якої після завершення позасудового врегулювання будь-які наступні вимоги іпотекодержателя щодо виконання основного зобов'язання:

- боржником – фізичною особою є недійсними, якщо інше не визначено договором іпотеки чи договором про надання кредиту, чи договором про задоволення вимог іпотекодержателя;
- боржником – юридичною особою або фізичною особою – підприємцем є дійсними, якщо інше не визначено договором іпотеки чи договором про надання кредиту, чи договором про задоволення вимог іпотекодержателя.

Таким чином, у випадку, якщо боржником є фізична особа, то внаслідок застосування інституту *lex commissoria* вимоги кредитора можуть бути задоволені не в повному обсязі.

По-третє, набуття у власність чи продаж житлової нерухомості не означає, що новий власник зможе користуватися таким майном, оскільки судова практика фактично унеможлиблює виселення із єдиного житла – предмета іпотеки, яке не було придбане за рахунок кредитних коштів (Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05.06.2019 р. у справі № 643/18788/15-ц)²².

Також на нового власника житла покладається обов'язок одночасно з виселенням надати боржнику інше постійне житлове приміщення²³.

Більш того, усталеним є висновок Верховного Суду, відповідно до якого у разі купівлі предмета іпотеки частково за власні й частково за кредитні кошти виселення з такого предмета іпотеки без одночасного надання іншого постійного жилого приміщення не допускається²⁴.

Оскільки усі кредити видаються під зобов'язання позичальника частково оплатити вартість житла, що придбається за рахунок кредиту, то за умови відсутності в боржника іншого житла, виселення стає значною проблемою для кредитора. Через це ми отримали велику кількість спроб силового захоплення житла новими власниками та пов'язані з цим наслідки, які виходять за межі цивілізованих правових відносин.

По-четверте, застосування інституту *lex commissoria* значно обмежується існуванням обтяжень, якими є заборона або обмеження розпорядження та/або користування нерухомим майном, які можуть бути накладені на предмет іпотеки.

Мова йде про різноманітні арешти, заборони реєстраційних дій, які виникають внаслідок відкриття виконавчих проваджень, порушення кримінальних справ, заходів забезпечення позову тощо.

²² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05.06.2019 р. у справі № 643/18788/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82998172> (дата звернення: 10.10.2025).

²³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 15.07.2021 р. у справі № 290/853/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/98368270> (дата звернення: 10.10.2025).

²⁴ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 12.04.2021 р. у справі № 310/2950/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96309957> (дата звернення: 10.10.2025).

Формально нормою ч. 6 ст. 3 Закону України «Про іпотеку» закріплено пріоритет іпотекодержателя на задоволення вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими особами, права чи вимоги яких на передане в іпотеку нерухоме майно зареєстровані після державної реєстрації іпотеки. Однак на практиці звернути в позасудовому порядку стягнення на «обтяжений» предмет іпотеки є доволі проблематичним.

Об'єднана палата Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду в постанові від 05.05.2025 р. у справі № 466/2651/23 виснувала, що у випадку забезпечення позову у справі, де іпотекодержатель не є учасником справи, та в якій забезпечується позов щодо майна, переданого в іпотеку, та право іпотекодержателя ця особа набула до забезпечення позову, права та інтереси іпотекодержателя захищені правилами пріоритетності іпотеки, й потреби в оскарженні будь-якого забезпечення позову, з огляду на порушення прав іпотекодержателя, немає²⁵.

Дійсно, норма п. 7 ч. 4 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» дозволяє державну реєстрацію права власності на нерухоме майно іпотекодержателем — фінансовою установою в порядку, передбаченому статтями 33–38 Закону України «Про іпотеку», за умови що інші обтяження на передане в іпотеку майно зареєстровано після державної реєстрації іпотеки.

Як бачимо, ця норма забезпечує інтереси лише іпотекодержателів — фінансових установ, ігноруючи інтереси інших забезпечених кредиторів. Також вона стосується лише випадку звернення стягнення на предмет іпотеки в порядку ст. 37 Закону України «Про іпотеку» шляхом державної реєстрації права власності на предмет іпотеки. Натомість застосування іншого способу позасудового стягнення — продажу предмета іпотеки в порядку ст. 38 Закону України «Про іпотеку» за умови існування обтяжень є неможливим в силу положень законодавства про нотаріат.

Висновки

Відзначаємо, що в українському праві втілено власну концепцію інституту *lex commissoria*, яка повністю ігнорує світовий досвід та характеризується вкрай невдалою законодавчою технікою при викладі правових норм, неузгодженістю між різними нормативно-правовими актами та існуванням численних законодавчих прогалин, що спричиняє правову невизначеність при застосуванні цього інституту. Усе це викликає численні судові спори і порушення прав та законних інтересів обох сторін іпотечного договору.

На нашу думку, для української правової системи при реформуванні законодавства про забезпечені зобов'язання вибір моделі має залежати від конкретної політико-правової мети.

Для захисту прав споживачів та у відносинах з очевидно слабкою стороною суворя заборона або високорегульована процедурна модель (на кшталт ЄКК США) залишаються найбільш доцільними.

²⁵ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 05.05.2025 р. у справі № 466/2651/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127423114> (дата звернення: 10.10.2025).

Для загальних комерційних відносин між юридичними особами французька модель «привласнення з оцінкою» пропонує переконливий баланс між ефективністю та справедливістю.

Для регулювання складних фінансових ринків (операції з деривативами, репо, цінними паперами) модель Директиви ЄС є орієнтиром для підвищення стабільності ринку та інтеграції у світову фінансову систему.

Майбутнє *lex commissoria*, ймовірно, полягатиме не в уніфікації, а в подальшій диференціації правового регулювання, яке буде гнучко адаптуватися до різних типів правовідносин, визнаючи, що єдиного рішення, яке б однаково добре працювало для захисту споживача та для забезпечення стабільності міжбанківського ринку, не існує.

REFERENCES

- Akin Gump (June 22, 2021) *Financial collateral and Brexit: A comparative perspective*. *Journal of International Banking and Financial Law*. <https://www.akingump.com/en/insights/media-mentions/journal-of-intl-banking-and-financial-law-publishes-akin-gump-article-on-financial-collateral-and-brexite> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- Blank Rome LLP. (n.d.). *A look at the friendly foreclosure option* <https://www.blankrome.com/sites/default/files/756D76BFE4CA7FC69A41BFDC25A7DA81.pdf> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- Williams, C. C., Jr. (1933). *Clogging the equity of redemption*. The Research Repository @ WVU – West Virginia University. <https://researchrepository.wvu.edu/wvur/vol40/iss1/4> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- FLB Law. (n.d.). *What is “commercially reasonable” in UCC Article 9 sales?* <https://www.flblaw.com/what-is-commercially-reasonable-in-ucc-article-9-sales/> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- Gorverment of Ukraine (25, December 2015). On state registration of property rights to real estate and their encumbrances. Resolution No. 1127. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1127-2015-%D0%BF#Text> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine].
- Grand Chamber of the Supreme Court (2019) Judgment in case No. 643/18788/15-ц <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82998172> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine].
- Grand Chamber of the Supreme Court (2024). Judgment in case № 201/15228/17. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118393645> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine].
- Grand Chamber of the Supreme Court (2025). Judgment in case No. 761/382/21. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118393645> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine].
- Inquirer Business. (n.d.). *What is pactum commisorium?* <https://business.inquirer.net/374770/what-is-pactum-commisorium> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- International Financial Law Review. (IFLR) (n.d.). *Italy* <https://www.iflr.com/article/2a63rlc2bjc23pip5hibk/italy> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- Krat, V. (2025). Some reflections on natural obligations and mortgage. <https://t.me/glossema/1770> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine].
- On Mortgage (5, June 2003). Law of Ukraine No. 898-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#n284> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine].
- Roman Empire. (n.d.). *The standards of care & the Lex Aquilia Roman laws* <https://roman-empire.net/society/lex-aquila-laws> (last accessed: 26.09.2025) [in English].

- Scribd. (n.d.). *Pactum commissorium complete notes* <https://www.scribd.com/document/376141032/98936792-Pactum-Commissorium-Complete-Notes> (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- Supreme Court (2021). Judgment in case No. 290/853/19. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/98368270> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine]
- Supreme Court (2021). Judgment in case No. 310/2400/18. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101138334> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine]
- The Jolly Contrarian. (n.d.). *Financial Collateral Directive* https://jollycontrarian.com/index.php?title=Financial_Collateral_Directive (last accessed: 26.09.2025) [in English].
- Unified Chamber of the Supreme Court (2021). Judgment in case No. 310/2950/18. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96309957> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine]
- Unified Chamber of the Supreme Court (2025). Judgment in case No. 466/2651/23. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127423114> (date accessed: 10.10.2025) [in Ukraine]
- VoegelinView. (n.d.). *The contribution of Roman law to modern legal systems* <https://voegelinview.com/the-contribution-of-roman-law-to-modern-legal-systems/> (last accessed: 26.09.2025) [in English].

Posikira Roman

LAW FIRM (POSIKIRA LF)

Posikira Roman. Lex Commissoria: World Experience and Ukrainian Realities

Abstract

The scientific article is devoted to the analysis of the world experience in the development of the institution *lex commissoria*, i.e. a contractual condition that allows a creditor (pledgee) in case of non-fulfillment by the debtor (pledger) of his obligation to acquire ownership of the pledged item out of court. The relevance of the study lies in the need to eliminate legal uncertainty in the mechanism of foreclosure on mortgaged property in Ukraine by adapting modern European approaches. The purpose of the article is to examine the genesis and development of *lex commissoria* in various legal systems, to analyze the state of legal regulation and practical application, as well as to identify directions for improving the institution of foreclosure on mortgaged property based on an agreement on satisfying the mortgagee's claims in Ukraine. The development of this institution in Roman law, the law of continental Europe, England, the USA and the European Union is studied. The tendencies of development of *lex commissoria* are determined through the prism of ensuring the stability of civil turnover and the need to protect the mortgagee as an unprotected party to the relevant legal relations. The main shortcomings of the legal regulation and practical application of the institution of *lex commissoria* in Ukraine have been studied, in particular, on the basis of the analysis of such aspects as determining the amount of debt when foreclosing on the subject of collateral, valuation of collateral property, as well as circumstances that make it impossible or difficult to apply this method of foreclosure on the subject of collateral, such as moratoriums, encumbrances, obstacles in the use of property. It is concluded that that Ukrainian legislation in this area is not based on any of the models that have been developed in the legal systems of other countries, and does not provide the necessary balance of interests of creditors and collectors. The study uses historical, comparative-legal, formal-logical and system-structural methods of scientific cognition. It is proposed to implement in Ukrainian legislation the most progressive approaches

that would ensure both market stability and integration into the global financial system, as well as consumer protection.

Keywords: *lex commissoria, mortgage, pledge, agreement on satisfaction of the mortgagee's claims, encumbrances, property appraisal.*



Федосенко Наталія
кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри права
Національний аерокосмічний університет
«Харківський авіаційний університет»
Харків, Україна
<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-6615-3937>
e-mail: n.fedosenko@khai.edu

УДК: 347.7

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-139-138-152>

ДОБРОСОВІСНИЙ НАБУВАЧ ІПОТЕЧНОГО МАЙНА: ПОШУК БАЛАНСУ МІЖ СТАБІЛЬНІСТЮ ОБІГУ ТА ЗАХИСТОМ КРЕДИТОРА

Федосенко Наталія. Добросовісний набувач іпотечного майна: пошук балансу між стабільністю обігу та захистом кредитора

Анотація

У статті розглянуто одну з найактуальніших проблем сучасного цивільного права — співвідношення прав добросовісного набувача іпотечного майна та прав іпотекодержателя. Актуальність дослідження зумовлена зростанням кількості судових спорів, правовою невизначеністю у застосуванні норм Цивільного кодексу України та Закону України «Про іпотеку», а також необхідністю забезпечення балансу між стабільністю цивільного обороту й ефективністю інституту іпотеки. Метою статті є формування науково обґрунтованої моделі взаємодії цих правових механізмів, що дасть змогу гармонізувати інтереси кредитора, боржника та добросовісного набувача. У дослідженні використано комплекс загальнонаукових і спеціально-юридичних методів, зокрема нормативно-правовий, догматичний та порівняльно-правовий (компаративний). Застосування аналітичного методу при дослідженні судової практики допомогло виявити тенденції правозастосування та проблеми реалізації норм права; порівняльно-правовий (компаративний) метод використано для зіставлення українського регулювання з підходами права Німеччини, Польщі та Франції. Поєднання аналітико-синтетичного та логіко-юридичного методів забезпечило узагальнення результатів і формування науково обґрунтованих висновків. У результаті з'ясовано, що відсутність єдиної позиції Верховного Суду щодо збереження іпотеки за новим власником породжує колізію між принципом публічної довіри до реєстру речових прав і принципом акцесорності забезпечення. Обґрунтовано необхідність запровадження уніфікованих критеріїв добросовісності набувача, чіткого розмежування випадків збереження іпотеки та створення компенсаційних механізмів у разі помилок державної реєстрації, що відповідає європейській практиці. Запропоновано модель, що спрямована на досягнення балансу між захистом прав кредитора і гарантіями стабільності цивільного обороту, зміцнення довіри до державного реєстру та удосконалення іпотечного забезпечення. Стаття буде корисною науковцям, практикуючим юристам, суддям і законодавцям, які працюють над реформуванням інститутів речового та зобов'язального права.

Ключові слова: іпотека, добросовісний набувач, кредитор, цивільний оборот, акцесорне обтяження, правова визначеність, компаративне право, судова практика.

Вступ

Іпотека традиційно розглядається у цивільному праві як один із найбільш ефективних способів забезпечення виконання зобов'язань, покликаний гарантувати кредиторі реальність повернення наданого фінансування. Водночас сучасна судова практика України демонструє поступове зміщення акцентів у бік захисту добросовісного набувача іпотечного майна, навіть тоді, коли такий захист прямо підриває інтереси іпотекодержателя. Це породжує серйозні сумніви щодо збереження іпотеки як дієвого механізму забезпечення та створює колізію між двома фундаментальними цінностями приватного права: стабільністю цивільного обороту та принципом належного виконання зобов'язань.

Стабільність цивільного обороту є фундаментальною цінністю правової держави, що забезпечує передбачуваність, довіру та ефективність економічних відносин. Водночас іпотека, як один із найбільш поширених та надійних способів забезпечення виконання зобов'язань, відіграє критичну роль у функціонуванні ринку нерухомості та кредитування. Однак у сучасній українській правовій доктрині та правозастосовній практиці виникла гостра колізія між двома цими імперативами. Вона виявляється в конфлікті інтересів добросовісного набувача іпотечного майна та іпотекодержателя (кредитора).

Особливою гостроти проблемі надає судова практика Верховного Суду, яка часто виходить за межі буквального тлумачення норм законодавства і надає пріоритет принципу добросовісності набувача. У результаті постає низка суперечливих запитань: чи не підриває така практика довіру до іпотеки як правового інституту? Чи може добросовісний набувач опинитися у більш захищеному становищі, ніж кредитор, який надав фінансування? Чи не перетворюється «добросовісність» на універсальний засіб легітимації дефектів державної реєстрації, що нівелює захисну функцію іпотеки? Проблема співвідношення прав цих суб'єктів набула особливої актуальності в умовах, коли довіра до державних реєстрів речових прав на нерухоме майно виявилася недостатньою, а правові механізми захисту добросовісного набувця та ефективність іпотеки як інституту були поставлені під сумнів. Судова практика Верховного Суду демонструє відсутність єдиного підходу та стимулює дискусії щодо пріоритетності захисту прав власності, чи то прав кредитора, чи то стабільності обороту.

Актуальність дослідження цієї проблематики в сучасних умовах є беззаперечною та зумовлена низкою чинників. По-перше, велика кількість спорів щодо іпотечного майна відображає системну правову невизначеність та відсутність усталених орієнтирів у судовій практиці, що знижує довіру до іпотеки як правового інституту. По-друге, сучасна ситуація загострюється через зростання випадків шахрайства з обтяженим майном. Недосконалість державних реєстрів та можливість маніпуляцій із даними дозволяють недобросовісним особам укладати договори щодо іпотечного майна, ставлячи під удар добросовісних набувачів. При цьому захист останніх, хоча і є принципом цивільного права, часто заходить у суперечність із гарантіями прав кредитора, чия іпотека не була припинена належним чином.

По-третє, порівняльний аналіз із зарубіжними правовими порядками, де іпотека функціонує як надійний інструмент, демонструє, що ефективні механізми захисту добросовісного набувача можуть співіснувати з непохитним захистом прав іпотеко-

держателя. Це свідчить про необхідність переосмислення українських підходів та запозичення найкращих світових практик, зокрема, щодо принципу публічної довіри до реєстру та компенсаційних механізмів.

Метою статті є комплексний аналіз доктринальних підходів, чинного законодавства та судової практики щодо співвідношення прав добросовісного набувача іпотечного майна та прав іпотекодержателя. Для досягнення зазначеної мети в роботі поставлено такі *завдання*: дослідити правову природу іпотеки та її акцесорний характер; проаналізувати зміст принципу добросовісності при набутті іпотечного майна; здійснити компаративний аналіз механізмів вирішення цієї колізії у провідних правових системах; розробити конкретні пропозиції щодо вдосконалення національного законодавства та уніфікації судової практики, що забезпечить пошук балансу між інтересами всіх учасників цивільного обороту та сприятиме підвищенню його стабільності.

Методи дослідження

У дослідженні було використано комплекс загальнонаукових і спеціально-юридичних *методів*, зокрема нормативно-правовий, догматичний та порівняльно-правовий (компаративний). Застосування аналітичного методу при дослідженні судової практики дозволило виявити тенденції правозастосування та проблеми реалізації норм права; порівняльно-правовий (компаративний) метод використано для зіставлення українського регулювання з підходами права Німеччини, Польщі та Франції. Поєднання аналітико-синтетичного та логіко-юридичного методів забезпечило узагальнення результатів і формування науково обґрунтованих висновків.

Аналіз останніх публікацій та досліджень, ступінь розробленості проблеми

Проблема співвідношення прав добросовісного набувача та іпотекодержателя є предметом уваги наукових дискусій як в Україні, так і за кордоном. Незважаючи на значну кількість праць, присвячених питанням іпотеки, забезпечення зобов'язань і добросовісного набуття майна, у науковій літературі зберігається відсутність єдності поглядів щодо співвідношення речово-правових і зобов'язально-правових механізмів захисту сторін у таких правовідносинах. Теоретичні та прикладні засади інституту іпотеки в українському цивільному праві формувалися під впливом наукових досліджень, присвячених як загальним проблемам речового забезпечення, так і спеціальним питанням добросовісності та захисту прав учасників іпотечних правовідносин. Проблеми цивільно-правового регулювання іпотечних відносин досліджували у своїх працях вчені-цивілісти, зокрема І. Й. Пучковська, І. В. Спасибо-Фатєєва, І. А. Бірюков, О. В. Дзера, Р. О. Майданик, Р. Шишка, Н. С. Кузнєцова, О. І. Харитонова, В. І. Срібний та ін. Серед сучасних досліджень слід відзначити роботи В. В. Стратійчук «Іпотека у цивільному праві України» (2017), І. М. Цвігун «Цивільно-правове регулювання іпотеки земельної ділянки» (2019), Д. В. Кирилук «Цивільно-правове регулювання іпотеки об'єктів незавершеного будівництва» (2015) та І. Й. Пучковської «Теоретичні проблеми забезпечення виконання зобов'язань» (2017)¹. І. Й. Пучковська істотно додалася до сучасної доктрини іпотечного права, яка у своїх працях розкрила теоретико-правові засади іпотеки, окреслила критерії та межі звернення стягнення на

¹ Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань : монографія. Харків : Право, 2017. 472 с.

предмет іпотеки, а також здійснила аналіз судової практики у відповідних справах². Питання добросовісності в контексті іпотечних правовідносин та роль критерію «добросовісності іпотекодержателя» проаналізовані у виступах і аналітичних матеріалах В. І. Крата³ та І. В. Спасибо-Фатєєвої⁴. Їхні напрацювання корисні для визначення меж прав іпотекодержателя і для розробки пропозицій щодо компенсаційних механізмів у разі помилок реєстрації. В. В. Стратійчук у дисертаційному дослідженні «Іпотека в цивільному праві України» визначає сучасні підходи до правової природи іпотеки та ефективності її реалізації. Дослідниця наголошує на подвійному характері іпотеки, як майнового обмеження та способу захисту інтересів кредитора, і підкреслює необхідність балансу між правами іпотекодержателя й власника майна⁵.

Наукові праці зазначених авторів заклали методологічну основу для сучасного розуміння природи іпотечних правовідносин, зокрема їх подвійного речово-зобов'язального характеру, а також для формування концепції захисту прав добросовісного набувача у випадках дефектів у попередньому правоволодінні. Дослідження цих учених сприяли розробці доктринальних підходів до тлумачення категорій «забезпечувальне право», «обтяження майна», «право слідування» та «межі добросовісності» у цивільному обороті. Усі вони покликані забезпечувати стабільність цивільного обороту, підтримуючи баланс між інтересами кредитора, боржника та третіх осіб набувачів майна.

Результати дослідження

У сучасний період, із розвитком ринку нерухомості, активізацією банківського кредитування та зростанням кількості іпотечних правовідносин, питання співвідношення прав добросовісного набувача й іпотекодержателя набуло особливої практичної значущості. Воно виходить за межі теоретичних дискусій і безпосередньо впливає на передбачуваність цивільного обороту, рівень довіри до державних реєстрів і захист прав учасників фінансового ринку.

Сучасні наукові дослідження з цієї тематики можна умовно класифікувати за трьома основними напрямками. Доктринальний аналіз свідчить, що наукова дискусія щодо співвідношення принципів добросовісності та акцесорності в іпотечних правовідносинах залишається відкритою і багатовимірною. Проблема полягає у визначен-

² Пучковська І. Й. Аналіз судової практики вирішення судами спорів про звернення стягнення на іпотечне майно. URL: https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SENMK/Puchkovska_101-107.pdf (дата звернення: 13.10.2025).

³ Крат В. І. Добросовісність іпотекодержателя: pro et contra. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2023_prezent/Prezent_Krat_dobroso_v_ipotek.pdf?utm_source=chatgpt.com (дата звернення: 13.10.2025).

⁴ Спасибо-Фатєєва І. В. Науковий висновок щодо добросовісності іпотекодержателя у справі про визнання недійсним договору іпотеки. URL: https://clp.org.ua/article/inna-spasybo-fatieieva-naukovyj-vysnovok-shchodo-dobrosovisnosti-ipotekoderzhatelia-u-spravi-pro-vyznannia-nedijsnym-dohovoru-ipoteky/?utm_source=chatgpt.com (дата звернення: 13.10.2025).

⁵ Стратійчук В. В. Іпотека в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. URL: <https://elar.navs.edu.ua/items/61df7475-faea-49f8-a9ae-00d37c29450a> (дата звернення: 13.10.2025).

ні того, який із цих принципів має пріоритет у ситуації, коли добросовісний набувач речового права стикається з вимогами іпотекодержателя, чиє забезпечене зобов'язання формально продовжує існувати.

У сучасній українській цивілістичній науці сформувалося кілька підходів до вирішення цієї колізії. Представники першого напрямку, зокрема І. В. Спасиби-Фатєєва⁶ та Н. С. Кузнєцова⁷, виходять із необхідності забезпечення стабільності фінансової системи та непорушності іпотеки як речового обтяження. Відповідно до цієї позиції, іпотека має «слідувати за річчю» незалежно від зміни власника, адже саме це гарантує передбачуваність зобов'язальних відносин і довіру до кредитного обігу⁸.

Натомість інші автори, серед яких Р. О. Майданик⁹ та Д. В. Боброва¹⁰, підкреслюють пріоритет принципу публічної довіри до державного реєстру речових прав. Вони вважають, що якщо іпотечне обтяження не відображено в реєстрі або було виключене з нього неправомірно, ризик втрати забезпечення повинен нести кредитор, а не добросовісний набувач, який діяв, покладаючись на публічні дані.

Цей підхід набув подальшого розвитку у працях О. І. Харитонової¹¹ та В. І. Срібно-го¹², які пропонують впровадження компенсаційних механізмів для іпотекодержателя за умови, якщо іпотека припиняється внаслідок добросовісного набуття. Такий підхід, на думку дослідників, дозволяє поєднати захист легітимних очікувань сторін із принципом стабільності цивільного обігу. Так, сучасна наукова думка демонструє тенденцію до зближення двох протилежних концепцій безумовного захисту прав іпотекодержателя та пріоритету добросовісного набувача. Отже, доктрина поступово тяжіє до інтеграційної моделі, в межах якої принципи добросовісності та акцесорності не протиставляються, а взаємодоповнюють одне одного, забезпечуючи баланс між інтересами кредитора / іпотекодержателя та набувача.

⁶ Спасиби-Фатєєва І. В., Крат В. І. Коментар статті 401. Поняття користування чужим майном. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців)* / за ред. І. В. Спасиби-Фатєєвої. Харків, 2011. Т. 5 : Право власності та інші речові права. С. 562.

⁷ Кузнєцова Н. С. Цивільне право України: нові виклики та перспективи оновлення. *Вісник Академії правових наук України*. 2020. № 3. С. 12–21.

⁸ Григор'єва Л. І, Спасиби-Фатєєва І. В. Звернення стягнення на майно боржника за вимогою кредитора, який є іпотекодержателем (іпотечного кредитора). *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 10. С. 37–42. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvsu_2015_10_7 (дата звернення: 13.10.2025).

⁹ Майданик Р. О. Право власності та довіра до державного реєстру: проблеми правозастосування. *Часопис цивілістики*. 2022. № 46. С. 58–67.

¹⁰ Боброва Д. В. Публічна достовірність реєстру прав та її вплив на стабільність цивільного обороту. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 1. С. 122–127.

¹¹ Харитонova О. І. Акцесорність іпотеки у світлі сучасної судової практики. *Проблеми законності*. 2022. № 159. С. 85–94.

¹² Срібний В. І. Добросовісний набувач іпотечного майна: пошук рівноваги правових інтересів. *Вісник цивільного судочинства*. 2023. № 2. С. 34–42.

Попри значну кількість наукових праць, вітчизняній цивілістиці все ще бракує системного дослідження, яке б інтегрувало доктринальні підходи, аналіз динамічної судової практики Верховного Суду та результати компаративного аналізу. Сучасні роботи часто зосереджуються на окремих аспектах проблеми, не охоплюючи її в комплексі. Зокрема, недостатньо уваги приділяється питанню щодо того, як саме імплементувати принцип довіри до публічного реєстру, а також як створити ефективні механізми відшкодування збитків для постраждалої сторони.

Тож, наукова проблема полягає не стільки в констатації самого конфлікту, скільки в пошуку правового механізму, який би забезпечив передбачуваність цивільного обороту та гарантував права іпотекодержателя, не підриваючи при цьому довіри до публічних реєстрів. Це дослідження покликане заповнити наявні прогалини та запропонувати конкретні шляхи вирішення зазначеної колізії, що становить його наукову новизну.

Така ж потреба відчувається й у сфері правозастосування, оскільки в судовій практиці питання добросовісного набуття іпотечного майна досі не отримало усталеної інтерпретації. Рішення Верховного Суду, зокрема Великої Палати, демонструють тенденцію до досягнення гармонії між принципом непорушності забезпечувального права кредитора та принципом публічної достовірності даних державного реєстру. Однак різноспрямованість підходів у подібних справах свідчить про відсутність єдиної методологічної позиції, що ускладнює прогнозованість правозастосування й знижує довіру учасників обігу до інституту іпотеки як гарантії виконання зобов'язань.

Це підтверджує необхідність не лише доктринального переосмислення співвідношення між правовими механізмами та, відповідно, речовими та зобов'язальними елементами іпотеки, а й вироблення єдиних критеріїв добросовісності набувача на обох рівнях. Зокрема, постає питання: чи може особа вважатися добросовісною, якщо під час набуття майна мала можливість перевірити наявність обтяження, але не вчинила таких дій; або ж чи впливає на оцінку добросовісності технічна або процедурна помилка реєстратора, яка призвела до виключення запису про іпотеку, які умови набуття права власності добросовісним набувачем.

Зазначені обставини актуалізують потребу в розробленні комплексного підходу, що поєднував би доктрину цивільного права, стандарти судової практики та гарантії інформаційної достовірності реєстрів. Саме на перетині цих компонентів можливе формування сучасної моделі захисту прав добросовісного набувача без втрати стабільності іпотечного забезпечення як базового елементу кредитної системи. При формуванні цієї моделі слід виходити з такого.

Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте зазначені положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за потрібне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів (ст. 1 Першого протоколу до Конвенції)¹³. Частиною 1

¹³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини) від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 13.10.2025).

ст. 321 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), яка узгоджується із ст. 41 Конституції України, унормовано, що право власності є непорушним, ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні¹⁴.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 388 ЦК України¹⁵ якщо майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати (добросовісний набувач), власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом. Для застосування п. 3 ч. 1 ст. 388 ЦК України ключовими аспектами є відсутність волі власника на відчуження майна, добросовісність набувача, а також оплатність при відчуженні спірного майна. Стаття 388 ЦК України передбачає вичерпне коло підстав, коли за власником зберігається право на витребування свого майна від добросовісного набувача. Це право залежить від того, в який спосіб майно вибуло з його володіння.

Вольові дії власника, спрямовані на передачу майна іншій особі, унеможливають витребування майна від добросовісного набувача на підставі зазначеної норми.

Добросовісність (п. 6 ст. 3 ЦК України) — це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення.

Зазначене також підтверджується висновками Верховного Суду, який неодноразово звертав увагу на те, що можливість задоволення позовних вимог на підставі ч. 1 ст. 388 ЦК України пов'язана із встановленням двох основних обставин — наявності волі у власника (позивача, який витребував майно) та обставин переходу права власності до останнього набувача (чи було таке набуття добросовісним чи не добросовісним).

Отже, для застосування положень п. 3 ч. 1 ст. 388 ЦК України визначальним є питання добросовісності / недобросовісності набувача, оплатність чи неоплатність набуття добросовісним набувачем такого майна, а також обставини, за яких спірне майно вибуло з володіння первісного власника (за волею чи без волі власника, наприклад, чи в порядку продажу майна у виконавчому провадженні при виконанні судового рішення чи за інших умов), а тому такі обставини підлягають обов'язковому з'ясуванню та перевірці судом для правильного вирішення ним спору. З урахуванням положень ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, саме по собі відібрання від однієї приватної особи майна на користь іншої приватної особи не є виправданим втручанням у право власності за відсутності суспільного інтересу¹⁶.

Нині можна вбачати ключові суперечності між доктринальними та практичними підходами до наслідків набуття майна, що перебувало в іпотеці добросовісним набувачем, що негативно відбивається на функціонуванні сучасного ринку нерухомості. Норми ЦК України та Закону України «Про іпотеку» не забезпечують належного

¹⁴ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 13.10.2025).

¹⁵ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/435-15> (дата звернення: 13.10.2025).

¹⁶ Постанова Верховного Суду від 22.12.2021 р. у справі № 902/1706/13 (902/958/20). URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat_kgs_vs/2021_12_22_910_5107_20 (дата звернення: 13.10.2025).

балансу між принципом публічної довіри до реєстру речових прав і надійним захистом прав як власника, так і добросовісного набувача. Поміж іншим, це пов'язано і з принципом акцесорності іпотеки як способу забезпечення виконання зобов'язань, через що власнику, права якого захищає суд, повертається майно, обтяжене іпотекою. В результаті власник опиняється у становищі, гіршому ніж до порушення його прав. Такі колізії виявляються, зокрема, у неоднаковій судовій практиці.

Аналіз судової практики Верховного Суду засвідчив наявність різноспрямованих підходів у вирішенні колізій між правами іпотекодержателя та добросовісного набувача. Зокрема, у низці рішень пріоритет надається захисту добросовісного набувача з посиланням на презумпцію достовірності даних державного реєстру. Водночас інша частина рішень акцентує на непорушності іпотеки як речового обтяження, що «слідє за річчю» незалежно від зміни власника. Така непослідовність у підходах призводить до зниження передбачуваності правозастосування та ускладнює реалізацію іпотечних правовідносин¹⁷.

У сучасній судовій практиці Верховного Суду простежується послідовна тенденція надання пріоритету захисту прав добросовісного набувача, що ґрунтується на презумпції достовірності відомостей Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Так, у низці рішень Суд виходить із того, що особа, яка придбала майно на публічних торгах і добросовісно покладалася на дані реєстру, в якому відомості про обтяження були відсутні, підлягає захисту як добросовісний набувач. При цьому підкреслюється, що ризики, пов'язані з недоліками функціонування реєстраційної системи, не можуть покладатися на учасника цивільного обороту, який виявив належну обачність, перевібив дані реєстру та не мав підстав сумніватися в їх достовірності¹⁸.

Водночас інша група рішень Верховного Суду акцентує на непорушності іпотеки як речового обтяження, що «слідє за річчю» незалежно від зміни власника. У постанові, зокрема у справі № 496/1059/18 від 10 квітня 2024 р., Суд виходить із того, що іпотека має акцесорний характер і не припиняється з переходом права власності до нового набувача. Такий підхід ґрунтується на положеннях статей 575, 589 ЦК України та ст. 23 Закону України «Про іпотеку»¹⁹, які встановлюють принцип слідування іпотеки за об'єктом забезпечення. У цьому контексті добросовісність нового влас-

¹⁷ Крат В. Тренди права іпотеки в ракурсі практики касаційного суду. URL: https://court.gov.ua/storage/portal/supreme/prezentacii_2024/Prezent_Ipotech_chutan_05_12_2024.pdf (дата звернення: 13.10.2025); Крат В. І. Які умови набуття права власності добросовісним набувачем? *Захист права власності. Правові позиції Верховного Суду: коментарі науковців* / за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2020. С. 95–96.

¹⁸ Постанова Верховного Суду від 12.06.2024 р. у справі № 910/20528/21. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/119806471?utm_source=jurliga.ligazakon.ua&utm_medium=news&utm_content=jl03 (дата звернення: 13.10.2025); Постанова Верховного Суду від 29.05.2024 р. у справі № 910/5808/20. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat_kgs_vs/2024_05_29_910_5808_20?utm_source=chatgpt.com (дата звернення: 13.10.2025).

¹⁹ Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15> (дата звернення: 13.10.2025).

ника не є підставою для автоматичного припинення обтяження, оскільки вона не усуває прав кредитора на задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки²⁰.

Отже, судова практика демонструє наявність двох конкуруючих моделей захисту: з одного боку, *модель абсолютного пріоритету* іпотекодержателя, яка спрямована на забезпечення стабільності кредитних правовідносин і непорушності принципу слідування іпотеки за майном, проте послаблює довіру до публічних реєстрів та ускладнює реалізацію принципу правової визначеності; з іншого боку, *модель захисту добросовісного набувача*, що гарантує передбачуваність цивільного обороту та сприяє підвищенню довіри до державного реєстру речових прав, водночас створює ризик знецінення іпотеки як ефективного способу забезпечення виконання зобов'язань і може порушити баланс інтересів між кредитором та набувачем. Така дихотомія свідчить про наявність різних підходів у практиці Верховного Суду щодо визначення меж добросовісності набувача та дії принципу слідування іпотеки. Непослідовність у правозастосуванні ускладнює оцінку ризиків при укладенні правочинів і перешкоджає формуванню стабільного фінансового середовища. Потребує подальшого розвитку питання конкретизації критеріїв добросовісності набувача, а також у запровадженні компенсаційних механізмів (наприклад, відшкодування шкоди державою у випадку недостовірності даних реєстру), що сприятиме забезпеченню справедливого співвідношення між інтересами кредитора та набувача.

Порівняльно-правовий аналіз свідчить, що зарубіжні правопорядки, зокрема Німеччини, Польщі та Франції, вирішують колізії між принципами добросовісності та акцесорності через запровадження системних гарантій довіри до реєстру та чітких механізмів компенсації збитків кредитора або добросовісного набувача. Такий підхід забезпечує передбачуваність цивільного обороту без порушення принципу справедливості.

У Німеччині система реєстрації прав на нерухоме майно ґрунтується на принципі публічної довіри до земельного реєстру (Grundbuch). Відповідно до § 892 БГБ (Цивільний кодекс Німеччини) особа, яка набула право на нерухоме майно, зареєстроване в реєстрі, може покладатися на точність цієї реєстрації, навіть якщо фактичний стан правовідносин відрізняється. Це забезпечує захист добросовісного набувача, який не мав змоги знати про помилку в реєстрі. У випадку виявлення помилки, можливе відшкодування збитків через відповідальність держави за неналежне ведення реєстру²¹. Як слушно зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, принцип публічної довіри до реєстру в німецькому праві має не лише техніко-правове, а й системоутворювальне значення, адже «забезпечує стабільність цивільного обороту, знімаючи ризики, пов'язані з ретроспективним оспоренням речових прав»²². Унаслідок цього правопорядок

²⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 10.04.2024 р. у справі № 496/1059/18. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118465137> (дата звернення: 13.10.2025).

²¹ Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 892. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_892.html (дата звернення: 13.10.2025).

²² Spasybo-Fateyeva I.V., Lassen T. Significance of the State Registration for the Acquisition of the Real Estate Title. *Theory and Practice of Jurisprudence*. 2024. № 2(26). P. 92-125. [https://doi.org/10.21564/2225-6555.2024.2\(26\).317535](https://doi.org/10.21564/2225-6555.2024.2(26).317535)

Німеччини послідовно охороняє добросовісного набувача, який покладався на дані Grundbuch, навіть якщо запис виявився помилковим. Таким чином, реєстрація в німецькому праві виконує не лише функцію обліку, а й функцію легітимації права, що істотно відрізняє її від української моделі, де публічна достовірність реєстру ще не має абсолютного характеру.

Як справедливо зауважує В. Кисіль, українська система державної реєстрації, заснована на принципі внесення, передбачає, що саме реєстраційний запис породжує речове право. Натомість судова практика, яка ототожнює реєстрацію лише з технічним підтвердженням набутого права, фактично нівелює публічну достовірність реєстру і послаблює довіру до нього як гарантії стабільності цивільного обороту. Такий підхід контрастує з німецькою моделлю Grundbuch, де принцип публічної довіри має нормативне закріплення та забезпечується ефективними механізмами відшкодування шкоди у випадку помилкових записів²³.

Польське цивільне законодавство також передбачає принцип публічної довіри до земельного реєстру. Згідно з § 3 Закону про земельні книги та іпотеку, реєстрація в земельному реєстрі є презумпцією відповідності фактичному правовому стану. Якщо реєстрація виявляється помилковою, добросовісний набувач може претендувати на компенсацію збитків через державу, яка несе відповідальність за точність ведення реєстру²⁴.

У Франції система захисту добросовісного набувача базується на принципі публічної достовірності реєстру. Відповідно до Французького цивільного кодексу, особа, яка набула право на нерухоме майно, зареєстроване в реєстрі, може покладатися на точність цієї реєстрації. У випадку виявлення помилки можливе відшкодування збитків через відповідальність держави за неналежне ведення реєстру. Крім того, французьке законодавство передбачає механізми компенсації збитків для добросовісного набувача через спеціальні фонди, створені для відшкодування таких втрат²⁵.

Отже, аналіз правових систем Німеччини, Польщі та Франції свідчить про наявність ефективних механізмів захисту добросовісних набувачів через запровадження принципу публічної довіри до реєстру та чітких процедур компенсації збитків. Досвід цих країн демонструє, що поєднання прозорої реєстраційної системи та ефективної відповідальності держави за її функціонування створює передумови для підвищення передбачуваності цивільного обороту в Україні.

Висновки

Проведене дослідження розкриває багатоаспектну проблематику співвідношення прав добросовісного набувача іпотечного майна та іпотекодержателя в умовах сучасного українського цивільного обороту. Встановлено, що ключова колізія між прин-

²³ Kysil V. Real Estate Law: Dramatic Court Decisions of 2018. 2019, January 21. LIGA 360. Biznes, 2. URL: https://biz.ligazakon.net/news/183491_pravo-nerukhomost-karkolomn-sudov-rshennya-2018-roku-chastina-2 (дата звернення: 13.10.2025).

²⁴ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, Dz.U. 1982 nr 19 poz. 147, § 3. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19820190147> (дата звернення: 13.10.2025).

²⁵ Code civil français, art. 2279. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006428477/> (дата звернення: 13.10.2025).

ципами стабільності обігу, яка реалізується через захист добросовісного набуття, та принципом акцесорності іпотеки як інструменту забезпечення виконання зобов'язань, не отримала послідовного вирішення ані на рівні законодавства, ані в судовій практиці.

Аналіз правозастосовної практики Верховного Суду свідчить про відсутність єдиної методологічної позиції. Спостерігається дихотомія підходів: з одного боку, суди схильні надавати пріоритет захисту добросовісного набувача, покладаючись на презумпцію достовірності державного реєстру речових прав, що відповідає принципу правової визначеності. З іншого боку, низка рішень підтверджує непорушність принципу слідування іпотеки за об'єктом, що є запорукою ефективності іпотеки як забезпечувального інституту. Ця непослідовність породжує значну правову невизначеність, ускладнює прогнозування судових рішень та підриває довіру учасників цивільного обороту до механізмів іпотечного кредитування.

Доктринальні підходи також демонструють різноманітність поглядів: від безумовного пріоритету прав іпотекодержателя до надання переваги інтересам добросовісного набувача. Спостерігається тенденція до створення інтеграційної моделі, яка прагне гармонізувати захист добросовісного набувача та права іпотекодержателя, що підтверджується практикою застосування схожих підходів у країнах Європи, зокрема в Німеччині, Польщі та Франції. Приклади Німеччини, Польщі та Франції засвідчують ефективність систем, де принцип публічної довіри до реєстру доповнюється чіткими компенсаційними механізмами (наприклад, відшкодування збитків державою за помилки реєстрації). Це дає можливість захистити добросовісного набувача, не нівелюючи при цьому прав кредитора.

На основі проведеного аналізу пропонується уніфікувати критерії оцінки добросовісності набувача з метою усунення наявних колізій та забезпечення стабільності цивільного обороту. Відсутність єдиних критеріїв спричиняє розбіжності в судовій практиці. Тому доцільно встановити чіткі критерії, що враховують не лише перевірку державного реєстру, а й інші обставини належної обачності особи. Такий підхід забезпечить сталість судової практики та підвищить передбачуваність правозастосування у спраху щодо добросовісного набуття іпотечного майна.

Аналіз законодавства виявив, що чинне регулювання не забезпечує однозначного визначення меж дії іпотеки при переході майна до добросовісного набувача або у випадках недійсності первинного правочину. З огляду на це доцільно внести зміни до ЦК України та Закону України «Про іпотеку», які встановлювали б чіткі умови збереження або припинення іпотеки та уточнювали співвідношення акцесорності іпотеки і самостійності права власності. Таке законодавче врегулювання сприятиме підвищенню правової визначеності та стабільності цивільного обороту.

Реалізація цих пропозицій сприятиме не лише усуненню наявних правових суперечностей, а й підвищенню передбачуваності цивільних відносин, зміцненню довіри до інституту іпотеки та, як наслідок, забезпеченню стабільності фінансової системи України.

Сучасна тенденція розвитку цивільного права України демонструє поступовий перехід від формальної концепції «переваги запису» до забезпечення довіри до реєстру як гарантії стабільності цивільного обороту. Це свідчить про еволюцію від суто дог-

матичного підходу до реєстраційних дій до визнання їх елементом правової безпеки приватної власності. Застосування європейських стандартів, зокрема принципів, сформульованих у рішеннях ЄСПЛ (справи *Pine Valley Developments Ltd v. Ireland*, *Копецький v. Slovakia*), має сприяти зміцненню довіри до держави як гаранта прав власності.

Отже, ефективне функціонування системи реєстрації речових прав і захисту добросовісних набувачів є необхідною умовою стабільності цивільного обороту, розвитку ринку іпотечного кредитування та реалізації конституційних засад недоторканності власності. Законодавче удосконалення інституту добросовісного набуття, впровадження компенсаційних механізмів та уніфікація судової практики мають стати пріоритетом сучасної правової політики України в контексті євроінтеграційного вектору.

REFERENCES

- Puchkovska, I. Y. (2017). *Theoretical problems of obligation security: Monograph*. Kharkiv: Pravo. 472 p. [in Ukrainian].
- Puchkovska, I. Y. (n.d.). *Analysis of court practice in resolving disputes regarding foreclosure of mortgaged property*. https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SENMK/Puchkovska_101-107.pdf [in Ukrainian].
- Krat, V. I. (n.d.). *Bona fide of the mortgagee: pro et contra*. https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2023_prezent/Prezent_Krat_dobrosovis_ipotek.pdf?utm_source=chatgpt.com [in Ukrainian].
- Spasybo-Fateyeva, I. V. (n.d.). *Scientific opinion on the bona fide of the mortgagee in the case of declaring a mortgage agreement invalid*. Retrieved from https://clp.org.ua/article/inna-spasybo-fatcieva-naukovyj-vysnovok-shchodo-dobrosovisnosti-ipotekoderzhatelia-u-spravi-pro-vyznannia-nedijsnym-dohovoru-ipoteky/?utm_source=chatgpt.com [in Ukrainian].
- Stratiychuk, V. V. (2017). *Mortgage in civil law of Ukraine: Abstract of PhD dissertation*. Kyiv. <https://elar.navs.edu.ua/items/61df7475-faea-49f8-a9ae-00d37c29450a> [in Ukrainian].
- Spasybo-Fateyeva, I. V., & Krat, V. I. (2011). *Commentary on Article 401 "Concept of Using Another's Property" // In Civil Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary* (Vol. 5, pp. 562). Kharkiv: Prof. I. V. Spasybo-Fateyeva (Ed.). [in Ukrainian].
- Kuznetsova, N. S. (2020). Civil law of Ukraine: New challenges and prospects for reform. *Bulletin of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, (3), 12–21.
- Hryhorieva, L. I., & Spasybo-Fateyeva, I. V. (2015). Foreclosure on debtor's property at the request of a creditor who is a mortgagee. *Bulletin of the Supreme Court of Ukraine*, (10), 37–42. http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvsu_2015_10_7 [in Ukrainian].
- Maidanyk, R. O. (2022). Ownership and trust in the state register: Problems of law enforcement. *Chasopys Tsivilistyky*, (46), 58–67. [in Ukrainian].
- Bobrova, D. V. (2023). Public reliability of the property register and its impact on the stability of civil circulation. *Legal Scientific Electronic Journal*, (1), 122–127. [in Ukrainian].
- Kharytonova, O. I. (2022). Accessoriness of the mortgage in light of contemporary judicial practice. *Problems of Legality*, (159), 85–94. [in Ukrainian].

- Sribnyi, V. I. (2023). Bona fide acquirer of mortgaged property: Seeking the balance of legal interests. *Bulletin of Civil Justice*, (2), 34–42. [in Ukrainian].
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (accessed: 13.10.2025). [in English].
- Constitution of Ukraine: Law of Ukraine No. 254k/96 (28 June 1996). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (accessed: 13.10.2025). [in Ukrainian].
- Civil Code of Ukraine: Code of Ukraine No. 435-IV (16 January 2003). <https://zakon.rada.gov.ua/go/435-15> (accessed: 10.10.2025). [in Ukrainian].
- Supreme Court of Ukraine, Decision of 22 December 2021, Case No. 902/1706/13 (902/958/20). https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat_kgs_vs/2021_12_22_910_5107_20
- Krat, V. (2024). Trends in mortgage law in the context of cassation practice. https://court.gov.ua/storage/portal/supreme/prezentacii_2024/Prezent_Ipotech_chutan_05_12_2024.pdf [in Ukrainian].
- Krat, V. I. (2020). Under which conditions does a bona fide acquirer acquire ownership? // In I. V. Spasybo-Fateyeva (Ed.), *Protection of property rights: Legal positions of the Supreme Court* (pp. 95–96). Kharkiv: EKUS. [in Ukrainian].
- Supreme Court of Ukraine, Decision of 12 June 2024, Case No. 910/20528/21. https://verdictum.ligazakon.net/document/119806471?utm_source=jurliga.ligazakon.ua [in Ukrainian].
- Supreme Court of Ukraine, Decision of 29 May 2024, Case No. 910/5808/20. https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat_kgs_vs/2024_05_29_910_5808_20?utm_source=chatgpt.com [in Ukrainian].
- Law of Ukraine on Mortgage, No. 898-IV (5 June 2003). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15> (accessed: 13.10.2025). [in Ukrainian].
- Supreme Court of Ukraine, Decision of 10 April 2024, Case No. 496/1059/18. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118465137> [in Ukrainian].
- Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) § 892. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_892.html (accessed: 13.10.2025). [in German].
- Spasybo-Fateyeva, I. V., & Lassen, T. (2024). Significance of the state registration for the acquisition of real estate title. *Theory and Practice of Jurisprudence*, 2(26), 92–125. [https://doi.org/10.21564/2225-6555.2024.2\(26\).317535](https://doi.org/10.21564/2225-6555.2024.2(26).317535) [in Ukrainian].
- Kysil, V. (2019, January 21). Real estate law: Dramatic court decisions of 2018. *LIGA 360. Biznes*, 2. https://biz.ligazakon.net/news/183491_pravo-nerukhomost-karkolomn-sudov-rshennya-2018-roku-chastina-2 [in Ukrainian].
- Ustawa of 6 July 1982 on Land and Mortgage Registers, Dz.U. 1982 No. 19, § 3. <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19820190147> (accessed: 13.10.2025) [in Polish]
- Code civil français*, art. 2279. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006428477/> (accessed: 13.10.2025) [in French]

Natalia Fedosenko

PhD in Law, Associate Professor

Associate Professor, Department of Law

National Aerospace University "Kharkiv Aviation Institute"

Kharkiv, Ukraine

Natalia Fedosenko. The Bona Fide Purchaser of Mortgaged Property: Striking a Balance Between the Stability of Civil Turnover and the Protection of the Creditor

Abstract

The article addresses one of the most pressing issues in contemporary civil law – the relationship between the rights of a bona fide acquirer of mortgaged property and the rights of the mortgagee. The relevance of the study is determined by the increasing number of judicial disputes, the lack of legal clarity in applying the provisions of the Civil Code of Ukraine and the Law of Ukraine "On Mortgage," as well as the need to ensure a balance between the stability of civil circulation and the effectiveness of the mortgage institution. The purpose of the article is to develop a scientifically grounded model for the interaction of these legal mechanisms, which would harmonize the interests of creditors, debtors, and bona fide acquirers. The study employs a combination of general scientific and specialized legal methods, including normative-legal, dogmatic, and comparative-legal approaches. The analytical method was applied to examine judicial practice, revealing trends in law enforcement and challenges in the implementation of legal norms. The comparative-legal method was used to juxtapose Ukrainian regulations with approaches in Germany, Poland, and France. The integration of analytical-synthetic and logical-legal methods enabled the generalization of results and the formulation of scientifically substantiated conclusions. The study finds that the absence of a unified position of the Supreme Court regarding the preservation of mortgage rights for a new owner creates a conflict between the principle of public trust in the real property register and the principle of the accessory nature of security interests. The article substantiates the necessity of introducing unified criteria for determining the bona fide status of an acquirer, clearly delineating circumstances under which a mortgage is preserved, and establishing compensation mechanisms in the event of errors in state registration, in line with European practices. The proposed model aims to achieve a balance between the protection of creditors' rights and guarantees of stability in civil circulation, strengthen trust in the state register, and enhance mortgage security. This article will be of interest to scholars, practicing lawyers, judges, and legislators involved in the reform of property and obligation law.

Keywords: *mortgage, bona fide purchaser, creditor, civil circulation, accessory encumbrance, legal certainty, comparative law, judicial practice.*



Мацик Олександра
студентка 1-го курсу
II (магістерського) рівня
факультету адвокатури
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна



Сурженко Ольга
кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри цивільного права
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна
<https://orcid.org/0000-0002-9132-9797>
o.a.surzhenko@nlu.edu.ua

УДК 347.4

<https://doi.org/10.69724/2786-8834-2025-7-4-153-162>

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІПОТЕКОДАВЦЯ – ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Мацик Олександра, Сурженко Ольга. Актуальні проблеми захисту прав іпотекодавця – юридичної особи

Анотація

Конституція України гарантує кожному судовий захист його прав у межах конституційно-го, цивільного, господарського, адміністративного і кримінального судочинства України. Важливою є наявність реальних механізмів реалізації особою такого конституційного права. Актуальність теми дослідження викликана наявністю великої кількості судових справ щодо захисту прав іпотекодавця, зокрема іпотекодавця – юридичної особи, порушення яких спричинено невиконанням іпотекодержателем свого обов'язку звернутися до державного реєстратора із заявою про державну реєстрацію припинення іпотеки після виконання боржником (іпотекодавцем) у повному обсязі своїх зобов'язань за кредитним договором та неоднозначністю судової практики у цій категорії справ. Метою статті є з'ясування причин виникнення розбіжностей у позиціях суддів та дослідження можливих способів вирішення проблеми належного захисту прав іпотекодавця – юридичної особи в умовах наявності запису про іпотеку в державному реєстрі, попри повне виконання зобов'язань за кредитним договором та неможливість звернення з позовом до іпотекодержателя – юридичної особи, спричиненої ліквідацією останнього. У статті використано загальнонаукові та спеціально-юридичні методи дослідження, зокрема: порівняльно-правовий, системний та аналітичний. У дослідженні аргументовано необхідність внесення змін до норм цивільного процесуального законодавства, що закріпили б

право юридичної особи нарівні з фізичною особою на звернення до суду в порядку окремого провадження із заявою про встановлення факту, що має юридичне значення, зокрема із заявою про встановлення факту припинення іпотеки, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку, як належного та ефективного способу захисту прав іпотекодавця — юридичної особи.

Ключові слова: належний спосіб захисту прав, іпотекодавець — юридична особа, встановлення факту, що має юридичне значення.

Вступ

Постановка проблеми. За останні 10 років понад сто банків в Україні припинили свою діяльність, що спричинило чималу кількість судових спорів, справедливо вирішення яких стало справжньою проблемою для національних судів. Однією з найпоширеніших категорій справ, розгляд яких неодноразово доходив і до Верховного Суду, виявилися справи щодо захисту прав іпотекодавців, що були порушені не виконанням уже ліквідованим іпотекодержателем свого обов'язку звернутися до реєстратора із заявою про державну реєстрацію припинення іпотеки. І попри висловлені в постановках Верховного Суду позиції, судова практика все ще залишається неоднозначною, а реалізація таким іпотекодавцем гарантованого права на судовий захист — ускладненою, а інколи й зовсім неможливою. Ще складнішою є ситуація, коли іпотекодавцем є юридична особа, адже запропонований Верховним Судом спосіб захисту конфліктує із положеннями Цивільного процесуального кодексу України.

Актуальність проблеми. Наявність дієвого механізму захисту прав та законних інтересів є однією з гарантій реалізації права на судовий захист, безпідставне порушення якого йде в розріз із поняттями верховенства права та правової держави. І надзвичайно важливим у цьому аспекті є врегулювання питання належного захисту прав іпотекодавця — юридичної особи.

Дослідження має за мету шляхом системного аналізу законодавчих положень та практики Верховного Суду встановити причини виникнення проблеми та дослідити способи врегулювання питання забезпечення належного та ефективного захисту прав іпотекодавця — юридичної особи, зокрема шляхом внесення змін до статей 315, 316 ЦПК України, які безпідставно обмежують право звернення юридичної особи до суду в порядку окремого провадження із заявою про встановлення факту, що має юридичне значення.

Методи дослідження

Основними методами дослідження, що використовувалися в цій статті, є порівняльно-правовий, системний та аналітичний. Ґрунтовний аналіз судової практики захисту прав іпотекодавця, порушених унаслідок не виконання уже ліквідованим іпотекодержателем свого обов'язку звернутися до реєстратора із заявою про державну реєстрацію припинення іпотеки, свідчить про застосування соціологічного методу. Також у необхідних випадках було використано прогностичний метод.

Стан опрацювання проблеми

Загальні аспекти сутності іпотеки неодноразово ставали предметом досліджень таких науковців, як Р. А. Майданик, В. В. Стратійчук, В. М. Махінчук, О. О. Нігрєєва. Водночас питання захисту прав іпотекодавця — юридичної особи в умовах, коли не

було проведено реєстрацію припинення іпотеки, а іпотекодержатель — юридична особа уже ліквідований, раніше ґрунтовно в науці не досліджувалося.

Результати дослідження

Нормами законодавства встановлено, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, і кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів¹.

Відповідно до ч. 1 ст. 2 ЦПК України, завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ із метою **ефективного** захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави².

Для забезпечення такої ефективності захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів учасників правовідносин надзвичайно важливим є обрання належного способу їх захисту.

Під способом захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів слід розуміти визначені законом або договором матеріально-правові заходи, спрямовані на відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав³.

Велика Палата Верховного Суду неодноразово звертала увагу на те, що ефективним способом захисту є такий, що відповідає змісту відповідного права чи інтересу, характеру його порушення, невизнання або оспорення та спричиненим цими діями наслідкам⁴.

Ефективний спосіб захисту повинен забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості такого поновлення — гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування⁵.

Стаття 16 Цивільного кодексу України передбачає цілу низку способів захисту цивільних прав та інтересів. Так само вона закріплює право суду захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках⁶.

¹ Див.: Дзера І. О. Реформування підстав та способів захисту цивільних прав та інтересів в умовах рекодифікації ЦК України. *Захист прав та інтересів в умовах реформування приватного права в Україні* : зб. наук. пр. учасн. кругл. столу, 4 лют. 2022 р. / орг. комітет: Р. Ю. Ханік-Посполітак, Т. Р. Федосєєва ; Нац. ун-т «Києво-Могилянська акад.», Ф-т правн. наук, каф. прив. права. Київ : НаУКМА, 2022. С. 35.

² Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 15.10.2025).

³ Див.: Коссака В. М., Лемик Р. Я., Навроцька Ю. В., Сенік С. В. Цивільне процесуальне право України : підручник / за заг. ред. В. М. Коссака. Харків : Право, 2020. 752 с.

⁴ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19.05.2020 р. у справі № 916/1608/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89819917> (дата звернення: 15.10.2025).

⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11.01.2022 р. у справі № 904/1448/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103056943> (дата звернення: 15.10.2025).

⁶ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n94> (дата звернення: 15.10.2025).

Водночас виникають ситуації, коли отримати належний захист своїх прав та інтересів для особи стає вкрай проблематично. Одним із таких прикладів є захист прав іпотекодавця, коли всі зобов'язання за договором, для забезпечення виконання зобов'язань за яким було укладено договір іпотеки, виконані, однак запис про іпотеку з державного реєстру вилучений не був, а іпотекодержатель – юридична особа (банк, фінансова установа) – був ліквідований.

Обтяження нерухомого майна іпотекою підлягає обов'язковій державній реєстрації відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» та відбувається одночасно із посвідченням договору іпотеки нотаріусом, яким вчинено відповідну нотаріальну дію⁷.

Державна реєстрація виконує найважливішу функцію у формуванні іпотечних правовідносин, які виникають із моменту її вчинення, про що чітко зазначено в законі⁸.

Реєстрації підлягає і припинення іпотеки. Так, відповідно до ч. 2 ст. 4 Закону України «Про іпотеку», іпотекодержатель зобов'язаний звернутися до державного реєстратора із заявою про державну реєстрацію припинення іпотеки не пізніше 14 днів з дня повного погашення боргу за основним зобов'язанням, забезпеченим іпотекою⁹.

Однак на практиці досить поширеними є зловживання правами іпотекодержателя (як правило, банку та/або кредитної установи) щодо не вчинення відповідних (зобов'язальних) дій, спрямованих на припинення іпотеки та зняття заборони, в силу, як правило, сплати відповідного кредиту – тобто виконання боржником своїх дій за кредитним договором¹⁰.

Таким чином, створюється перешкода для реалізації іпотекодавцем, який виконав усі зобов'язання, своїх прав щодо безперешкодного користування та розпоряджання своєю власністю у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням іпотекодержателем своїх обов'язків. І найпростіший спосіб усунути цю проблему – звернутися до такого іпотекодержателя з позовом. Проте такий спосіб захисту стає неможливим, якщо іпотекодержателя – юридичну особу ліквідовано.

Намагаючись знайти вихід із такої складної ситуації, іпотекодавці позиваються з вимогою про визнання іпотеки припиненою, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку до Національного банку України, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб або ж нотаріуса, який посвідчував договір іпотеки.

⁷ Див.: Кучмінда Д. Ю., Чуєнко В. І. Проблемні аспекти визначення поняття іпотеки. *Розвиток освіти, науки та бізнесу: результати 2021* : тези доп. міжнар. наук.-практ. інтернет-конф., 6–7 груд. 2021 р. Дніпро, 2021. С. 111.

⁸ Севрюкова І. Ф. Проблеми визначення основних засад (принципів) правового регулювання іпотечних відносин у цивільному законодавстві України. *Альманах права: науково-практичний юридичний журнал*. Вип. 14. 2023. С. 331.

⁹ Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text> (дата звернення: 15.10.2025).

¹⁰ Див.: Махінчук В. М. До питання подачі позову про визнання іпотеки припиненою та зняття заборони. *Приватне право і підприємництво* : зб. наук. пр. Вип. 21. 2022. С. 59.

І в певних випадках суди першої та апеляційної інстанцій справді задовольняють такі вимоги іпотекодавця, зокрема, як у Рішенні Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 06.09.2023 р. у справі № 308/14160/21¹¹; Рішенні Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 01.12.2022 р. у справі № 559/2385/22¹².

Однак частіше суди відмовляють у задоволенні таких вимог, як, наприклад, у Рішенні Деснянського районного суду міста Києва від 20.05.2025 р. у справі № 754/17617/24¹³; Рішенні Закарпатського апеляційного суду від 15.02.2024 р. у справі № 308/14160/21¹⁴, що, насправді, видається логічним.

Позовне провадження за своєю правовою природою є спірним, воно призначене для вирішення спорів про суб'єктивні права та обов'язки, перевірки законності та обґрунтованості вимог позивача. Характерною ознакою позовного провадження є наявність сторін із протилежними матеріально-правовими інтересами у справі¹⁵.

У подібних справах суди слушно доходять висновку, що Національний банк України, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб та нотаріус є неналежними відповідачами, оскільки вони не були сторонами ні кредитного, ні іпотечного договорів, не створюють перешкод чи порушень прав іпотекодавця і не несуть жодних обов'язків перед ним. Вони не правомочні замінити іпотекодержателя у таких процесуальних відносинах, бо не є його правонаступниками.

Відповідно, якщо позивач не заявляє клопотання про заміну неналежного відповідача (або залучення інших співвідповідачів в окремих справах згідно зі специфікою спірних правовідносин), суд повинен відмовляти у задоволенні позову, адже суд не має права самостійно залучати співвідповідачів без ініціативи позивача¹⁶.

Якщо ж подивитися на ситуацію, коли іпотекодержателя було ліквідовано, то очевидним стає, що належний відповідач відсутній взагалі. Тобто відсутня не лише особа, до якої іпотекодавець може звернутися з вимогою визнати іпотеку припиненою,

¹¹ Рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 06.09.2023 р. у справі № 308/14160/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113421482> (дата звернення: 15.10.2025).

¹² Рішення Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 01.12.2022 р. у справі № 559/2385/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107612996> (дата звернення: 15.10.2025).

¹³ Рішення Деснянського районного суду міста Києва від 20.05.2025 р. у справі № 754/17617/24. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127494808> (дата звернення: 15.10.2025).

¹⁴ Рішення Закарпатського апеляційного суду від 15.02.2024 р. у справі № 308/14160/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117548341> (дата звернення: 15.10.2025).

¹⁵ Див.: Коссак В. М., Лемик Р. Я., Навроцька Ю. В., Сенік С. В. Цивільне процесуальне право України : підручник / за заг. ред. В. М. Коссака. Харків : Право, 2020. 752 с.

¹⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 04.12.2024 р. у справі № 296/6156/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123601859> (дата звернення: 15.10.2025).

скасувати запис про заборону відчуження нерухомого майна та запис про іпотеку, а й особа, яка б мала право заперечити виконання іпотекодавцем своїх зобов'язань і правомірність задоволення висунутих ним вимог. І в такій ситуації доречним для іпотекодавця видається звернутися до суду в порядку окремого провадження.

Таку саму позицію висловлює і Верховний Суд. Зокрема, у своїй постанові від 13.06.2024 р. у справі № 333/8899/21 він зауважує, що можуть існувати випадки, коли «відсутня» особа, яка має відповідати за позовом, тобто бути відповідачем (наприклад, припинення юридичної особи внаслідок ліквідації).

Касаційний суд констатує, що в ЦК України є прогалина та відсутній регулятор, який визначав би правило поведінки учасників приватних відносин для випадку, коли «відсутня» особа, яка має відповідати за позовом, тобто бути відповідачем (наприклад, припинення юридичної особи внаслідок ліквідації). Подібною нормою є абз. 3 ч. 4 ст. 277 ЦК України, відповідно до якого, якщо особа, яка поширила недостовірну інформацію, невідома, то фізична особа, право якої порушено, може звернутися до суду із заявою про встановлення факту недостовірності цієї інформації та її спростування.

Тож, Касаційний суд підкреслює, що коли «відсутня» особа, яка має відповідати за позовом, тобто бути відповідачем (наприклад, припинення юридичної особи внаслідок ліквідації), то особа (іпотекодавець) може звернутися із заявою про встановлення факту припинення іпотеки, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку згідно з абз. 3 ч. 4 ст. 277 ЦК України, яка підлягає застосуванню на підставі аналогії закону¹⁷.

Подібні висновки викладені ще в кількох постановках, зокрема, у постанові Верховного Суду від 13.09.2023 р. у справі № 295/7291/20¹⁸ та у постанові Верховного Суду від 13.11.2024 р. у справі № 308/14160/21¹⁹.

Отже, констатувавши наявність прогалини в законодавстві, Верховний Суд запропонував ефективний спосіб захисту порушених прав іпотекодавця — звернення до суду в порядку окремого провадження із заявою про встановлення факту, що має юридичне значення.

Однак на практиці проблема щодо захисту прав таким способом виникає, коли іпотекодавцем є юридична особа. Так, у справі № 466/8990/25 Шевченківський районний суд міста Львова виніс Ухвалу про відмову у відкритті провадження за зая-

¹⁷ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 13.06.2024 р. у справі № 333/8899/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/119872579> (дата звернення: 15.10.2025).

¹⁸ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 13.09.2023 р. у справі № 295/7291/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114137968> (дата звернення: 15.10.2025).

¹⁹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 13.11.2024 р. у справі № 308/14160/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123193583> (дата звернення: 15.10.2025).

вою Приватного акціонерного товариства «Конвеєр» про встановлення факту припинення іпотеки, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку, посилаючись на те, що положеннями ч. 1 ст. 316 ЦПК України, яка визначає підсудність заяв про встановлення факту, що має юридичне значення, передбачено можливість подання такої заяви лише фізичною особою²⁰.

Стаття 316 ЦПК України справді говорить про «заяву *фізичної* особи про встановлення факту, що має юридичне значення», однак такий підхід законодавця видається недоречним, адже обмежує можливості юридичної особи щодо захисту своїх прав та законних інтересів.

Юридична особа, хоча вона й є штучним утворенням, невидимим, невідчутним на дотик і таким, що існує лише у вимірі правової дійсності, має універсальну правоздатність, тобто вона, як і фізична особа, може мати будь-які права й обов'язки, за винятком тих, які, по суті, можуть належати тільки фізичній особі²¹.

Право вільно розпоряджатися своєю власністю не є за своєю природою таким, що може належати лише фізичній особі, як, наприклад, право на життя.

Частина 1 ст. 317 ЦК України говорить про те, що *власникові* належать права володіння, користування та розпоряджання своїм майном. І поняття власника не обмежується лише фізичною особою, адже суб'єктами права приватної власності, відповідно до ч. 1 ст. 325 ЦК України, є фізичні та *юридичні* особи²².

Тоді, якщо юридична особа може мати те саме право, що і фізична особа, то чому вона позбавляється законодавцем можливості захистити це право у такий же спосіб?

У своїй Постанові у справі № 504/4099/16-ц від 11.12.2023 р. Верховний Суд у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду зазначив, що з метою захисту своїх прав юридична особа може застосовувати як загальні способи захисту (глава 3 ЦК України), так і спеціальні способи захисту своїх прав, які передбачені законодавством²³.

У цій справі постало питання захисту юридичною особою свого права на ділову репутацію. І Верховний Суд, керуючись принципом розумності, виснував, що для захисту цього права юридична особа може звернутися до суду із заявою про встановлення факту недостовірності інформації та її спростування, якщо особа, яка поширила недостовірну інформацію, невідома.

Отже, якщо юридична особа вправі звертатися до суду із заявою про встановлення факту недостовірності інформації та її спростування, то логічним вбачається засто-

²⁰ Ухвала Шевченківського районного суду м. Львова від 29.09.2025 р. у справі № 466/8990/25. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/130593919> (дата звернення: 15.10.2025).

²¹ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 11.12.2023 р. у справі № 504/4099/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115750120> (дата звернення: 15.10.2025).

²² Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#п94> (дата звернення: 15.10.2025).

²³ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 11.12.2023 р. у справі № 504/4099/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115750120> (дата звернення: 15.10.2025).

сувати цю позицію Верховного Суду і при поданні іпотекодавцем — юридичною особою до суду заяви про встановлення факту припинення іпотеки, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку.

Хоча ст. 263 ЦПК України і встановлено, що при виборі і застосуванні норм права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду, із наведених вище рішень судів першої інстанції вбачається, що таке розширене трактування норм законодавства не сприймається на практиці, тому доречнішим видається внести зміни до процесуального законодавства, аби остаточно вирішити цю проблему.

Зокрема, пропонуємо викласти частину другу ст. 315 ЦПК України в такій редакції: «У судовому порядку можуть бути встановлені також інші факти, від яких залежать виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних та юридичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення».

Частину першу ст. 316 ЦПК України доповнити абзацом такого змісту: «Заява юридичної особи про встановлення факту, що має юридичне значення, подається до суду за її місцезнаходженням згідно з Єдиним державним реєстром юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань».

Таким чином законодавець усуне необґрунтоване обмеження, встановлене щодо захисту прав юридичних осіб, нарешті стане зрозумілим і доступним ефективний та належний спосіб захисту прав іпотекодавця — юридичної особи у ситуації, коли відсутній належний відповідач у зв'язку з ліквідацією іпотекодержателя, шляхом подання до суду в порядку окремого провадження заяви про встановлення факту припинення іпотеки, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку.

Висновки

Наявність прогалини у ЦК України та необґрунтованого обмеження у нормах ЦПК України у своїй сукупності спричиняють порушення гарантованого Конституцією України права кожної особи на судовий захист своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та законних інтересів.

Позбавлення юридичних осіб рівних із фізичними особами можливостей щодо судового захисту за наявності однакових у них прав призводить до порушення основоположних засад судочинства та принципів правової держави загалом.

Оскільки практика Верховного Суду не в силі впоратися з наявною проблемою, єдиним вирішенням такої ситуації є внесення змін до статей 315, 316 ЦПК України, що дасть можливість юридичним особам звертатися до суду в порядку окремого провадження із заявою про встановлення факту, що має юридичне значення.

Отже, буде забезпечено належний та ефективний спосіб захисту прав іпотекодавця — юридичної особи у ситуації, коли відсутній належний відповідач у зв'язку з ліквідацією іпотекодержателя, шляхом подання до суду в порядку окремого провадження заяви про встановлення факту припинення іпотеки, скасування запису про заборону відчуження нерухомого майна та запису про іпотеку.

REFERENCES

- Desnianskyi District Court of Kyiv (2025, May 20). Decision in Case No. 754/17617/24. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127494808> (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].
- Dubno City District Court of Rivne Region (2022, December 1). Decision in Case No. 559/2385/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107612996> (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].
- Dzera, I. O. (2022). Reforming grounds and methods of protection of civil rights and interests in the conditions of recodification of the Civil Code of Ukraine. In *Zakhyst prav ta interesiv v umovakh reformuvannia pryvatnoho prava v Ukraini* (p. 35) [in Ukrainian].
- Civil Code of Ukraine (2003, January 16.). Law of Ukraine № 435-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n94>. (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].
- Civil Procedure Code of Ukraine (2025, October 10.). Law of Ukraine № 1618-IV. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>. (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].
- On mortgages: Law of Ukraine dated (2003, June.05.). Law of Ukraine №. 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text>. (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].
- Kossak, V. M., Lemyk, R. Ya., Navrotska, Yu. V., & Senyk, S. V. (2020). Civil Procedural Law of Ukraine (V. M. Kossak, Ed.) [in Ukrainian].
- Kuchminda, D. Yu., & Chuienko, V. I. (2021). Problematic aspects of defining the concept of mortgage. In *Rozvytok osvity, nauky ta biznesu: rezultaty 2021* (p. 111) [in Ukrainian].
- Makhinchuk, V. M. (2022). On filing a claim for recognition of mortgage termination and removal of prohibition. *Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo*, 21, 59 [in Ukrainian].
- Sevriukova, I. F. (2023). Problems of determining principles of legal regulation of mortgage relations in civil law of Ukraine. *Almanakh prava*, 14, 331 [in Ukrainian].
- Shevchenkivskyi District Court of Lviv (2025, September 29). Ruling in Case No. 466/8990/25. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/130593919> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2020, May 19). Resolution in case No. 916/1608/18 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89819917> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2022, January 11). Resolution in case No. 904/1448/20 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103056943> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2023, September 13). Resolution in case No. 295/7291/20 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114137968> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2023, December 11). Resolution in case No. 504/4099/16-c <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115750120> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2024, June 13). Resolution in case No. 333/8899/21 <http://sreyestr.court.gov.ua/Review/119872579> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2024, November 13). Resolution in case No. 308/14160/21 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123193583> [in Ukrainian].
- Supreme Court. (2024, December 4). Resolution in case No. 296/6156/22 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123601859> [in Ukrainian].
- Uzhhorod City and District Court of Zakarpattia Region (2023, August 6) Decision in Case No. 308/14160/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113421482> (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].

Zakarpattia Court of Appeal (2024, February 15). Decision in Case No. 308/14160/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117548341> (accessed: 20.10.2025). [in Ukrainian].

Matsyk Oleksandra

First-year student of the II (master's) level of the Faculty of Advocacy

Yaroslav Mudryi National Law University

Kharkiv, Ukraine

Surzhenko Olga

PhD in Law, Associate Professor

Associate Professor of the Department of Civil Law

Yaroslav Mudryi National Law University

Kharkiv, Ukraine

Matsyk Oleksandra, Surzhenko Olga. Current Issues in Protecting the Rights of Mortgagees - Legal Entities

Abstract

The Constitution of Ukraine guarantees everyone judicial protection of their rights within the framework of constitutional, civil, commercial, administrative and criminal proceedings in Ukraine. It is important to have real mechanisms for the implementation of such constitutional rights by individuals. The relevance of the research topic is due to the large number of court cases concerning the protection of the rights of mortgagees, including mortgagees - legal entities, the violation of which is caused by the mortgagee's failure to fulfil their obligation to apply to the state registrar with an application for state registration of the termination of the mortgage after the debtor (mortgagee) has fulfilled their obligations under the loan agreement in full, and the ambiguity of judicial practice in this category of cases. The purpose of this article is to identify the reasons for the differences in the positions of judges and to explore possible ways to resolve the issue of adequate protection of the rights of mortgagees – a legal entity – in the presence of a mortgage entry in the state register, despite full performance of obligations under the loan agreement and the impossibility of filing a claim against the mortgagee – a legal entity – due to the latter's liquidation. The article uses general scientific and special legal research methods, in particular: comparative legal, systematic and analytical. The article argues for the need to amend the rules of civil procedural law to enshrine the right of a legal entity, on an equal footing with a natural person, to apply to the court in separate proceedings with a statement to establish a fact of legal significance, in particular with a statement to establish the fact of termination of the mortgage, cancellation of the record of prohibition of alienation of immovable property and the record of mortgage, as an appropriate and effective means of protecting the rights of the mortgagee - a legal entity.

Keywords: *appropriate means of protecting rights, mortgagee - legal entity, establishment of a fact of legal significance.*

ЦИВІЛІСТИЧНА ПЛАТФОРМА

Науковий юридичний журнал

№ 4 (7)
2025

Затверджено до друку на засіданні Вченої Ради
ГО «Цивілістична платформа»
(Протокол № 4 від 26.11.2025 р.)

Відповідає формату друкованого видання 70 × 100/16. Гарнітура Lazurski.
Обл.-вид. арк. 14.

Видавництво ГО «Цивілістична платформа»
Україна, 61002, Харків, вул. Дарвіна, 19
<https://clp.org.ua/>

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – Серія ДК № 7942 від 21.09.2023 р.