



Л. В. Сітовська,

керівник юридичної клініки, старший викладач
кафедри права, Відкритий міжнародний
університет „Україна”

ПРАВОВА ПРИРОДА ІПОТЕКИ ТА ЇЇ ГЕНЕЗИС

Статтю присвячено правовій природі іпотеки. Розкрито питання розвитку іпотеки, її зв'язок з категоріями „довіра” та „відповідальність”. Визначено ряд проблем вітчизняного законодавства щодо іпотеки та шляхи їх усунення.

Стаття посвячена правовій природі іпотеки. Раскрыты вопросы развития ипотеки, ее связь с категориями „доверие” и „ответственность”. Определен ряд проблем отечественного законодательства по ипотеке и пути их устранения.

The article is dedicated to a legal nature of mortgage. The question of development of mortgage, her copulas with categories of „trust” and „responsibility” is exposed. The row of problems of home legislation in relation to a mortgage and ways of their removal are certain.

Ключові слова: іпотека, довіра, відповідальність.

Іпотека є науковою категорією, яка поєднує в собі економічну і правову складову. Перша пов'язана з інвестиціями в народне господарство країни, а друга забезпечує юридичний базис для безпечного здійснення операцій учасниками іпотечної системи. Важливість іпотеки очевидна – іпотека в розвинених країнах є основним механізмом залучення інвестицій у будівництво. Більше того, іпотечний механізм є важливим соціально-економічним фактором розвитку країни [1], а кожна гривня, вкладена в іпотечне кредитування, за свідченням фахівців, викликає збільшення обсягів виробництва, що в 3–4 рази перевищує обсяг вкладень [1].

Повноцінна стабільна робота іпотечного механізму можлива лише за умови, коли всі його елементи добре продумані та базуються на науково обґрунтованих принципах і здоровому глузді, а методики кредитування відповідають сучасній економічній ситуації та враховують стан законодавчо-нормативної бази у країні.

На жаль, сьогодні обсяги іпотечного кредитування у державі знизилися. Це зумовлено фінансово-економічною кризою у країні. Спостерігається різке падіння цін на нерухомість і нестабільність цін на житло, що викликає у кредитора побоювання щодо захисту інтересів. Крім того, криза призвела до зниження платоспроможності населення, і тепер коло осіб, які у змозі виплачувати іпотечний кредит, зменшилося. Високі обсяги іпотечного кредитування будуть можливі тоді, коли робота іпотечного механізму стане настільки чіткою, щоб довіра у кредиторів до позичальників була стабільно високою.

Питанню іпотечного кредитування присвячено багато наукових робіт. Однак у них розкриваються в основному економічні проблеми. Зокрема, питання іпотечного кредитування досліджувалися Д. Джонсоном, О. Євтухом, А. Івановою, В. Івановою, Н. Косарєвою, В. Кудрявцевою, М. Левінім, М. Міхаєлом, І. Пучковською, М. Равісом, К. Сірмансом, Р. Страйком, І. Телгарським, Дж. Шерманом, М. Шнайдерманом, Г. Циліною. Водночас правові проблеми, пов'язані з правовим полем України, потребують більш ґрунтовних досліджень. Деякі роботи, наприклад В. Грудзевича, М. Лабєцької,

Р. Майданика, недостатньо розкривають іпотеку з правового погляду.

У статті окреслено авторський погляд на правову природу іпотеки на основі сучасних наукових досліджень і економіко-правового становища у країні.

Поняття „іпотека”, „іпотечний кредит” містяться у вітчизняному законодавстві. Закон „Про банки і банківську діяльність” (ст. 49) та Господарський кодекс (ст. 347) тлумачать іпотечний кредит як один із видів банківського кредиту. Визначення іпотеки міститься у Законі „Про іпотеку” [2]: „Іпотека – вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника ...” [2]. У цьому визначенні ключовими є такі елементи: 1) предметом забезпечення виступає нерухомість; 2) забезпечення лишається в користуванні іпотекодавця. Завдяки цим елементам іпотека вирізняється серед інших видів заставного забезпечення. У випадку неплатоспроможності боржника вимоги кредитора задовольняються за допомогою продажу майна, що слугує забезпеченням, як і при звичайній заставі.

Для того, щоб глибше зрозуміти сутність іпотеки як юридичної категорії, розглянемо її генезис.

У стародавньому світі борги зазвичай передбачали відповідальність боржника всім майном, у тому числі й особисту (у випадку неповернення боргу боржнику загрожувало рабство). Перші операції з нерухомістю як предметом забезпечення і основою довіри кредитора до позичальника мали місце ще у Новому Вавилоні (626–53 рр. до н. е.). Позики під заставу нерухомості надавалися за однією з двох схем і відповідних їм видів забезпечення: перший вид забезпечення лишався в боржника і переходив до кредитора лише у випадку несплати позики; другий – переходив до кредитора у користування, а дохід від нього розглядався як виплати відсотка за позичку [3].



Термін „іпотека” з’явився у Стародавній Греції та означав „стовп”, на якому відмічали борги та ім’я власника земельної ділянки. Пізніше для цього почали використовувати спеціальні книги, які давали змогу кожному зацікавленому ознайомитися з юридичним статусом нерухомості.

У Стародавньому Римі операції з нерухомістю як забезпеченням за боргом існували у таких формах: фідучія, пігнус та іпотека.

Інститут фідучії передбачав передачу заставної нерухомості у власність і користування кредитором. Після закінчення терміну позики кредитор мав право або повернути нерухомість кредитором в обмін на виплату боргу, або залишити її в себе, відмовившись від повернення. Пізніше повернення нерухомості при виплаті боргу стало обов’язковим. У разі, якщо борг не повертали, кредитор залишав нерухомість у себе, навіть якщо її вартість значно перевищувала розмір боргу. Колишній власник мав право отримати у кредитора лише відшкодування збитків [4].

Пігнус передбачав передачу нерухомості лише у користування (а не у власність) кредитора як забезпечення за боргом. Кредитор не мав права лишити нерухомість у себе після закінчення терміну, а був зобов’язаний повернути її у випадку сплати боргу або при несплаті боргу продати з публічних торгів, але повернути різницю між вартістю нерухомості й сумою боргу власнику нерухомості.

При іпотеці, яка вважається найбільш прогресивною формою, нерухомість лишалася у володінні та користуванні боржника; а у випадку неповернення боргу кредитор мав право витребувати її для наступного перепродажу, при цьому різниця між вартістю нерухомості й сумою боргу поверталася боржнику. Іпотека (на відміну від фідучії та пігнуса) не позбавляла власника користування нерухомістю, а давала можливість отримувати дохід від неї протягом усього періоду користування позичальником борговими коштами.

Поява іпотеки стала важливим кроком у розвитку права, оскільки обмежувала повноваження кредитора на користь боржника, включаючи право на отримання доходу від нерухомості, і одночасно давала кредитором можливість отримати відшкодування з вартості нерухомості, незалежно від того, у чиїх руках – іпотекодавця або вже іншої особи – вона перебувала.

Різна практика використання нерухомості як забезпечення (про що йшлося вище) стала основою сучасних відмінностей інституту іпотеки в романо-германській і англо-американській правовій системі.

У США сьогодні використовується поняття *mortgage*, яке дуже схоже з поняттям фідучії давньоримського права. У США в момент оформлення іпотеки здійснюється умовний перехід речових прав на об’єкт на користь кредитора, кредитор стає власником нерухомості, яка заставляється, – це відбувається одночасно з умовною передачею об’єкта позичальнику в оренду з правом викупу після виконання ним основного зобов’язання. Тобто остаточне відчуження нерухомості, яке здійснюється

одразу після несплати боргу, набуває умовно відкладеного характеру [5, с. 25–26].

У романо-германській системі права, у тому числі в Україні, іпотека передбачає, що процес відчуження нерухомості на користь кредитора відбувається лише після невиконання боржником свого зобов’язання.

Що стосується України, то поняття „іпотека” було вперше визначено в Законі „Про заставу” [6] (ст. 30), де іпотекою визнавалася застава землі, нерухомого майна, за якої земля та (або) майно, що становить предмет застави, залишається у заставодавця або третьої особи. З ухваленням Закону „Про іпотеку” іпотека була визначена як самостійний вид забезпечення виконання зобов’язань, але з таким самим економічним змістом, як і застава нерухомості, при цьому ст. 30 Закону „Про заставу” була вилучена. Позитивним кроком у розвитку законодавства стало те, що в Законі „Про іпотеку” предметом іпотеки (крім нерухомості, належної на праві власності) встановлено об’єкти незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору; а також право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об’єкт нерухомого майна (ст. 5) [2]. Це створює умови для збільшення обсягів іпотечного інвестування за рахунок охоплення нових об’єктів нерухомості.

Основою іпотеки як такої є юридичний механізм забезпечення вимог кредитора-іпотекодержателя завдяки реалізації заставної нерухомості. А саме він набуває права одержати відшкодування з вартості заставленого нерухомого майна переважно перед іншими кредиторами. Тим самим відбувається ґрунтовний захист інтересів кредитора. Адже нерухомість як актив має фіксоване місце розташування і вимагає нотаріального посвідчення договорів відчуження – цим ризик незаконного продажу зводиться майже до нуля. З іншого боку, нерухомість має високу вартість і дуже повільно зношується (а земельні ділянки взагалі не зношуються) – це робить нерухомість ідеальним забезпеченням при довгостроковому кредитуванні. Отже, іпотека – забезпечення, яке викликає довіру з боку кредитора.

Позичальник при іпотечному кредитуванні змушений виконувати свої зобов’язання. По-перше, заставну нерухомість, на відміну від деякого іншого майна, такого, як товари в обороті, „списати” з балансу вкрай важко. По-друге, у випадку примусової реалізації заставної нерухомості позичальник втратить значні кошти: на дії виконавчої служби, на проведення прилюдних торгів, на дисконт у зв’язку з реалізацією з обмеженим періодом експозиції. Це все робить несплату боргу за іпотечним кредитом вкрай не вигідною для позичальника.

Отже, іпотека базується на взаємозв’язку двох понять: довіри (позичальника до кредитора) і відповідальності (кредитора перед позичальником). Іншими словами, принцип довіри-відповідальності є основою роботи іпотечного механізму. Усі нормативні акти, які стосуються іпотеки, спрямовані на



те, щоб забезпечити даний принцип у конкретній кредитній угоді. Кредитор в іпотечному механізмі буде видавати кошти лише тоді, коли він має довіру до позичальника. Довіра забезпечується впевненістю в тому, що позичальник поверне кредитні кошти (добровільно або примусово). Добровільне повернення можливе завдяки тому, що позичальник знає, що у разі неповернення коштів він може втратити більшу суму при ініціюванні судових процедур проти нього. Дослідження, проведені у США, свідчать про пряму залежність між рівнем LTV за іпотечним кредитом і ризиком неповернення позичальником коштів [7; 8] (рис. 1): при LTV у межах 80 % імовірність неповернення не перевищувала 2 %. Що стосується України, то О. Євтух [9] показав, що оптимальний рівень LTV для забезпечення високої відповідальності позичальника перебуває в межах 70 %. Цей рівень вищий ніж у США, що пояснюється більшими витратами стягнення боргу при примусовому продажу об'єкта нерухомості в Україні.

Іншими словами, можна стверджувати, що правова природа іпотеки полягає у забезпеченні юри-

дичного механізму, який сприяє реалізації принципу довіри-відповідальності між кредитором і позичальником. На підвищення рівня довірчо-відповідальних відносин спрямовані такі елементи: внесення іпотек до реєстру іпотек і до реєстру обтяжень нерухомого майна, існування права слідування, захист вимог перших заставодержателів за принципом старшинства. Принцип старшинства полягає в тому, що заставне право, яке виникло раніше, користується перевагою перед правами, які виникли пізніше, незалежно від термінів виконання зобов'язань. Право слідування встановлює, що при переході права власності на предмет іпотеки обтяження майна іпотекою зберігається. Як бачимо, механізм побудовано так, щоб підвищити відповідальність боржника і довіру кредитора, тобто в кінцевому підсумку підвищити капіталізацію іпотечної системи.

Підставою для виникнення довірчо-відповідальних відносин між кредитором і позичальником слугують юридичні документи, які забезпечують повернення кредитних коштів: кредит-

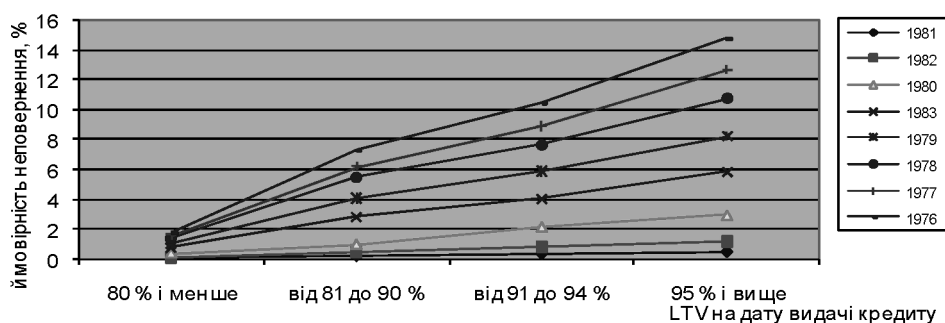


Рис. 1. Кумулятивна (за 10 років) імовірність неповернення іпотечних кредитів

ний договір плюс договір іпотеки або заставна, а також законодавчі акти стосовно питань іпотечного кредитування в сукупності з правовим механізмом, який забезпечує реалізацію даних актів на практиці. На жаль, у цьому правовому механізмі існує ряд моментів, які свідчать про необхідність у більш глибокому опрацюванні законодавчої бази щодо іпотечного кредитування. Розглянемо проблемні юридичні питання іпотеки в Україні.

Порівняємо визначення, що міститься у Законі „Про іпотеку”, з тими, які дають законодавці зарубіжних країн. Так, у Швейцарії іпотекою вважають таке речове забезпечення зобов'язання, що виникає на основі договору або закону за умови запису в реєстр нерухомості [10, с. 586]; у законодавстві Польщі визначено, що іпотека надає кредитору право вилучити майно, яке забезпечує його вимогу (у тому числі у третьої особи, що придбала заставне майно), і задовольнити свої вимоги з вартості заставленого майна, незалежно від того, у чийй власності воно перебуває, і з пріоритетом перед особистими кредиторами власника нерухомості [10, с. 588]. Зіставивши ці визначення з визначенням українського законодавця, можна зробити висновок, що в Україні додатково вводиться обмеження стосовно володіння і користування, забезпечені суто іпотекодавцем. Ще більше ускладнює Закон **Фінансове право № 4 (22), 2012**

„Про іпотеку” [2] той факт, що у ст. 23 зазначено: „У разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою”. З іншого боку, у ч. 4 цієї статті вказується на те, що „у разі видачі заставної перехід права власності на предмет іпотеки не допускається до повного задоволення вимоги за заставною, крім переходу права власності на предмет іпотеки в порядку спадкування чи правонаступництва”. Як бачимо, існує суперечність: з одного боку, у ст. 1 та п. 4 ст. 24 іпотека розглядається з позицій максимального захисту інтересів кредитора, з іншого – ч. 1 п. 24 визначає, що іпотека, яка оформлена підписанням договору іпотеки, дає можливість іпотекодавцю розпоряджатися своїм майном. У ст. 9 Закону „Про іпотеку” встановлено ще одне додаткове обмеження щодо розпорядження предметом іпотеки: „Іпотекодавець має право виключно на підставі згоди іпотекодержателя: зводити, знищувати або проводити капітальний ремонт будівлі (споруди), розташованої на земельній ділянці, що є предметом іпотеки, чи здійснювати істотні поліпшення цієї земельної ділянки; передавати предмет