

## РИЗИКИ В ДОГОВОРІ ІПОТЕКИ ОБ'ЄКТІВ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА

**КИРИЛЮК Дмитро Володимирович - НДІ приватного права і підприємництва АПН України**

**УДК 347.27**

*В статті розглядаються питання ризиків в договорі іпотеки об'єктів незавершеного будівництва. Делается вывод о том, что сам объект незавершенного строительства как предмет договора ипотеки не обуславливает его рисковую природу, но является фактором, увеличивающим риски, присутствующие в таком договоре.*

**Ключові слова:** застава, іпотека, забезпечення виконання зобов'язань, заставадержатель, заставадавець, нерухоме майно, об'єкт незавершеного будівництва, ризик.

**Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими та практичними завданнями.** Іпотека є сьогодні одним із найбільш розповсюджених способів забезпечення виконання зобов'язань, що пов'язано, головним чином, з її предметом – нерухомим майном, яке, завдяки високій вартості та стабільності, дозволяє максимально захистити права кредитора. Водночас активне включення останнім часом до відносин іпотеки такого специфічного об'єкта цивільних правовідносин як об'єкт незавершеного будівництва істотним чином позначилося на характеристиці іпотеки як засобу забезпечення виконання зобов'язань.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття.** Теоретичні та практичні

аспекти іпотеки досліджувались у працях Ч.Н.Азімова, А.С.Довгерта, М.М.Дякович, О.С.Йоффе, В.М.Коссака, Р.А.Майданика, І.Б.Новицького, І.І.Пучковської, В.А. Рибачок, Г.Ф.Шершеневича та інших. Питання правового регулювання об'єктів незавершеного будівництва розглядали у своїх працях Е.Ц. Батуєва, М.М. Гасанов, Р.Г. Мацюк, Д.Ю. Патютко, А.С. Савченко, К.И. Скловський, Д.В. Смышляев та інші. Проблемам ризику присвячені праці Є. Баразгової, В. Вітлінського, Л. Донець, І.А. Євдокімової, О. Кіреєва, Н. Лумана, В.А. Ойнензіхта, Ю.Б. Феленчак, О. Яницького.

Проте питання ризиків у договорі іпотеки об'єктів незавершеного будівництва не знайшло відображення у сучасній правовій науці.

**Формування цілей статті (постановка завдання).** Метою даної статті є дослідження ризиків, що виникають у зв'язку з укладанням договору іпотеки об'єктів незавершеного будівництва.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Розкриття питання ризиків в договорі іпотеки об'єктів незавершеного будівництва потребує розкриття самого поняття ризику. Як зазначається у юридичній літературі, слово «ризик» походить з португальської мови і означає «прямовисна скеля» [11, с. 389]. А етимологічний аналіз слова «ризикувати» показує, що спочатку

воно розумілося, як «лавірувати між скель» [12, с. 9]. Сьогодні ризик розглядається як універсальна категорія, «яка знаходить застосування у всіх сферах життєдіяльності суспільства» [13, с. 48] і розглядається у різних аспектах: світоглядному, економічному, правовому тощо. Саме таке різноманітне використання поняття ризику робить практично неможливим вироблення його єдиного визначення. Водночас, як слушно зазначає Ю.Б. Феленчак, «незважаючи на індивідуальний підхід науковців до визначення терміну «ризик» та існування значної кількості визначень цього поняття (до 1500), які розкривають його суть з позицій окремих наук, зміст цього поняття пов'язується з усвідомленням можливої небезпеки, невизначеності, ненадійності, збитків тощо» [13, с. 48].

Так, у світоглядному розумінні ризик здебільшого розглядається у двох розуміннях: як можлива небезпека та дія на вдачу [12, с. 9].

В економіці ризик здебільшого пов'язується з можливістю настання негативних наслідків і визначається як «ймовірність виникнення збитків чи недодержання доходів порівняно з прогнозованим варіантом» [5, с. 18]. У літературі виділяються наступні напрямки сучасних досліджень ризику в економічних відносинах: ризик як невизначеність (причому саме невизначеність розглядається як першооснова ризику у більшості досліджень); ризик як ймовірність або можливість; ризик як втрати, збитки (прибуток); ризик як небезпека; ризик як можливість відхилення від поставленої цілі; ризик як подія, що викликана діяльністю, поведінкою [2, с. 243].

Питання ризиків знайшло відображення і в юридичній науці. Причому відзначається, що інститут ризику «охоплює всі норми права, які закріплюють, регулюють і захищають учасників від небезпеки настання негативних наслідків імовірного і випадкового характеру» [1, с. 61]. Водночас цивільно-правові норми посідають провідне місце в цьому правовому інституті.

Питання ризиків у цивільному праві вже не одне десятиліття є предметом обговорення вчених-цивілістів. Так, зробивши дослідження проблеми ризику у цивільному праві, В.А. Ойгензихт запропонував визначити ризик (*periculum*) як «суб'єктивну категорію,

що існує паралельно з виною, але може існувати і спільно з нею, як психічне ставлення суб'єктів до результату власних дій або дій інших осіб, а також до результату об'єктивно-випадкових або випадково-неможливих дій (подій), що знаходить прояв в осмисленому допущенні негативних, у тому числі невідшкодованих майнових наслідках» [9, с. 75].

Інший відомий російський цивіліст Д.І. Мейер писав стосовно ризиків у цивільному праві: «кожне зобов'язання супроводжується ризиком або страхом. Дія, що становить предмет зобов'язання і представляється при укладенні його можливою, може виявитися згодом неможливою; неможливість же здійснення дії складає збиток в майні: і ось зобов'язання нести цей збиток тому або іншому учасникові і складає ризик або страх за зобов'язанням (*periculum*). Така неможливість здійснення дії, що становить предмет зобов'язання, унаслідок тих або інших обставини може настати відносно кожної дії: тому ми і сказали, що кожне зобов'язання супроводжується ризиком» [6, с. 377].

У правовій науці України дослідження ризику було зроблено Р.А. Майдаником, який запропонував наступне розуміння ризику в цивільному праві: «ризик у цивільному праві загалом можна розглядати як імовірність (можливість) настання позитивного або негативного результату, що обумовлено професійним чи іншим характером діяльності особи або включенням у зобов'язання випадкових юридичних фактів» [1, с. 60]. Він також визначає умови виникнення та основні ознаки ризику: невизначеність, необхідність вибору альтернативних рішень і можливість оцінити імовірності їх здійснення [1, с. 63].

Російський дослідник В.М. Танаєв, аналізуючи цивільне законодавство, виділяє чотири групи ризиків, що мають принципові відмінності: підприємницький ризик, ігровий ризик, зобов'язальний ризик, страховий ризик. При цьому дослідник звертає увагу на те, що у даному випадку йдеться про абсолютно різні правові інститути.

Продовжуючи розглядати проблему ризиків у цивільному праві, він пропонує виділити дві групи ризиків, взявши за основу класифікації юридично-технічне значення.

Перша група включає ризики, що є фактором ймовірної організації правового

середовища (до цієї групи ризиків, зокрема, відноситься ризик наслідків відсутності у боржників та кредиторів відомостей про зміну громадянином імені; ризик наслідків неперед'явлення вимоги доказів того, що виконання приймається самим кредитором або уповноваженою особою; ризик наслідків неперед'явлення вимоги письмового підтвердження обіцянки винагороди).

Друга група – це ризики, що є фактором стабілізації приватно-правового характеру регулювання економічного середовища. Зазначена група, у свою чергу, включає три підгрупи:

- ризик підприємництва, що є відображенням особистої, активної складової економічного середовища;

- страховий по суті ризик, що відображає предметну, пасивну складову економічного середовища;

- безпосередній зобов'язуючий ризик, що відображає взаємовідносини особистої та предметної складових економічного середовища та включає ризики, що мають забезпечувальний характер та ризики, що забезпечують безперервність правового впливу на суб'єктів зобов'язуючих правовідносин [12, с. 21-25].

У свою чергу, Р.А. Майданик вважає, що більш доцільною є класифікація ризиків за критерієм місця у зобов'язальному відношенні і виділяє алеаторні (тобто такі, що входять до складу умов зобов'язання) та неалеаторні ризики (такі, що «мають характер зовнішніх небезпек настання певних імовірних наслідків») [1, с. 85].

Перш ніж визначити у зазначеній системі ризиків, пов'язаних з укладенням договору іпотеки об'єктів незавершеного будівництва, слід зазначити наступне.

Поняття ризику стало підставою для виділення окремого виду оплачуваного правочину – ризикового правочину, під яким розуміється дво або багатосторонній правочин, що породжує багатостороннє зобов'язуюче, оплатне відношення, при якому виникнення окремих (найбільш значимих) прав і обов'язків, що стосуються наявності та/або направленості, а також кількості основного надання поставлено у залежність від обставин, які мають непідвладний учасникам

характер [4, с. 6]. Відповідно, серед двосторонніх оплатних правочинів виділяються ризикові договори. Таким чином, оплачувані договори поділяються на мінові (комутативні), в яких вигоди чи збитки, що їх можуть зазнати сторони, можуть бути оцінені в момент укладення договору, та ризикові [8, с. 93].

Договір іпотеки – це додатковий до основного договору договір, за яким одна сторона – боржник за основним зобов'язанням або майновий поручитель (іпотекодавець) передає кредитору за основним зобов'язанням (іпотекодержателю) в іпотеку чітко визначене нерухоме майно, зберігаючи за собою право володіти та користуватися предметом іпотеки відповідно до його цільового призначення, не припускаючи погіршення стану предмету має іпотеки та зменшення його вартості, а іпотекоодержувач має право на задоволення одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмету іпотеки у разі невиконання іпотекодавцем забезпеченого іпотекою основного зобов'язання.

У юридичній літературі висловлюється позиція стосовно ризикового характеру договору іпотеки. Так, досліджуючи становлення інституту іпотеки з часів римського права, В.А. Рибачок звертає увагу на невід'ємність поняття іпотеки від конкретної речі, що слугувала забезпеченням виконання зобов'язання. Причому вартість останньої могла як збільшуватись (наприклад, на земельній ділянці, що була предметом іпотеки, було побудовано будівлю), так і зменшуватись, тоді як кредитор «мав право на стягнення речі, що існувала на день стягнення, не беручи до уваги той факт, що вартість такої речі зменшилася в порівнянні з тою, що була на момент виникнення іпотеки» [10, с.152-153].

Так саме і В.А. Другова, розглядаючи договір іпотеки як вид заставного договору, який, в свою чергу, належить до забезпечувальних договорів, обґрунтовує його ризиковий характер, зазначаючи, що «кожна з його сторін заздалегідь не може достатньо передбачити його правові наслідки: іпотекодавець завжди ризикує втратити майно, на яке може бути звернено стягнення, а іпотекодержатель може не одержати задоволення своїх вимог внаслідок знецінення майна з тих чи інших причин» [3, с. 4].

Л. Наумова виділяє наступні групи юридичних ризиків при іпотеці, що можуть призвести до порушення прав однієї зі сторін і необхідності звернення до захисту:

1) ризик визнання об'єкту нерухомості таким, що не може бути предметом правочину і, відповідно, визнання договору іпотеки недійсним;

2) ризик виникнення спорів, пов'язаних з правом власності на заставлений об'єкт, що може знизити ліквідність предмету іпотеки при зверненні на нього вимоги;

3) ризики, що випливають з правовстановлюючих документів:

- визнання договору іпотеки недійсним;

- повернення предмету іпотеки у власність попереднього власника (наприклад, у разі неоплати або неповної оплати майна заставодавцем);

- витребування предмету іпотеки з чужого незаконного володіння;

- припинення договору іпотеки;

- визнання предмету іпотеки самочинним будівництвом;

4) ризики, що випливають з договору іпотеки відносно земельної ділянки, на якій знаходиться нерухоме майно:

- визнання договору іпотеки недійсним;

- неможливість звернення вимоги на предмет іпотеки;

5) ризики, що випливають з обмеження повноважень осіб, що підписують іпотечний договір; визнання договору іпотеки недійсним;

6) ризики, що випливають з наявності обтяження предмету іпотеки:

- зниження ліквідності предмету іпотеки;

- визнання договору іпотеки недійсним;

- отримання неповного задоволення вимог заставо одержувача;

7) ризики, що випливають з документів, що подаються на реєстрацію договору іпотеки:

- відмова у державній реєстрації договору іпотеки;

- визнання договору іпотеки недійсним;

8) ризики, що випливають зі свідоцтва про державну реєстрацію права власності на предмет іпотеки:

- витребування майна третьою особою з чужого незаконного володіння (якщо зареєстровано право власника на інші приміщення, ніж було передано на підставі правовстановлюючих документів);

- визнання договору іпотеки неукладеним (при неможливості належного опису предмета іпотеки – коли в свідоцтві, наприклад, не було ідентифіковано приміщення) [7, с. 18].

Таким чином, договір іпотеки, незважаючи на його основну мету – забезпечення виконання основного зобов'язання, сам не позбавлений значної кількості ризиків, причому ці ризики є одночасно ризиками і страхового, і зобов'язуючого характеру. Водночас, ризик не входить заздалегідь до складу зобов'язання, що виникає на підставі договору іпотеки. Таким чином, можна казати про його неалеаторний характер.

Здійснюючи більш докладну класифікацію неалеаторних ризиків, Р.А. Майданик поділяє їх на ризики строку виконання, місця виконання, способу виконання та предмета виконання [1, с. 86]. У зв'язку з цим, розглядаючи питання ризиків у договорі іпотеки об'єктів незавершеного будівництва, слід звернути увагу на наступне.

Об'єкт будівництва може бути віднесений до незавершеного будівництва з різних причин: як у зв'язку з порушенням строку здачі об'єкта в експлуатацію, так і в зв'язку з припиненням будівництва з різних причин, зокрема, у зв'язку з відсутністю фінансування, безперспективністю продовження будівництва конкретного виду об'єкту нерухомості в конкретному регіоні тощо. Причини віднесення об'єкту до об'єктів незавершеного будівництва мають обов'язково враховуватися при вирішенні питання про іпотеку задля врахування можливих ризиків.

До додаткових ризиків, що виникають при укладенні договору іпотеки об'єкту незавершеного будівництва, можна віднести:

1) реєстраційний ризик, який виникає у зв'язку з неможливістю чітко визначити власника майна, що передається в іпотеку, у зв'язку з наявністю колізій у законодавстві;

2) ризик неможливості точних прогнозів тенденцій розвитку ринку нерухомості, зумовлений політичною та економічною нестабільністю в країні;

3) ризик неприйняття об'єкту в експлуатацію, що може призвести до неможливості для іпотекодержателя задовольнити свої вимоги за рахунок предмета іпотеки.

**АНОТАЦІЯ**

*У статті розглядаються питання ризиків у договорі іпотеки об'єктів незавершеного будівництва. Робиться висновок про те, що сам об'єкт незавершеного будівництва як предмет договору іпотеки не обумовлює ризикову природу договору іпотеки, але є фактором, що збільшує наявні ризики.*

Але практично всі зазначені ризики обумовлені специфікою самого предмета договору – об'єкта незавершеного будівництва. Таким чином, у даному випадку йдеться про ризик предмета виконання.

Характеризуючи роль, яку грає об'єкт незавершеного будівництва як предмет договору іпотеки, слід також зазначити наступне. Характеризуючи ризик, відомий цивіліст В.І.Серебровський звертає увагу на поняття збільшення обсягу страхової небезпеки [11, с. 396]. Використовуючи наведену вище конструкцію «збільшення обсягу страхової небезпеки» до договору іпотеки об'єкту незавершеного будівництва, можна зробити висновок, що, не обумовлюючи саму юридичну характеристику зазначеного договору як ризикового, об'єкт незавершеного будівництва є фактором, що збільшує обсяг небезпеки, збільшує вже наявні ризики.

**Висновки.** Договір іпотеки об'єкту незавершеного будівництва, незважаючи на сам характер іпотеки як засобу забезпечення виконання зобов'язання, містить значну кількість ризиків, причому ці ризики не є алеаторними.

Ризики, що виникають при укладенні договору іпотеки, мають змішану природу, обумовлену специфікою зазначеного договору, і мають як страховий, так і зобов'язальний характер.

Об'єкт незавершеного будівництва як предмет договору іпотеки не обумовлює саму юридичну характеристику зазначеного договору як ризикового, але може розглядатися як фактор, що збільшує обсяг небезпеки, збільшує вже наявні ризики і може бути охарактеризований як ризик предмету виконання.

**Література**

1. Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. Посібник // Відп. ред. Р. А. Майданик. – К. :

Юстиніан, 2007. – 912 с. (Серія «Аномалії цивільного права»)

2. Дерев'янка А. Г. Концепції ризику в економічній діяльності / А. Г. Дерев'янка // Актуальні проблеми міжнародних відносин: Збірник наукових праць. Випуск 48. Частина I (у двох частинах). – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Інститут міжнародних відносин, 2004. – 338 с. – С. 239-255

3. Другова В. А. Договір іпотеки за цивільним законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Валентина Анатоліївна Другова. — Київ, 2010. — 18 с.

4. Запорощенко В. А. Особенности правового регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации.: автореф. дис. канд. юр. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право» / В. А. Запорощенко. – Екатеринбург, 2006. – 22 с.

5. Івченко І.Ю. Моделювання економічних ризиків і ризикових ситуацій. Навчальний посібник / І.Ю. Івченко. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 344с.

6. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Чтения, изданные по запискам слушателей /Д. И. Мейер; Под ред.: Вицын А. - 5-е изд. - М.: Тип. Современи. Изв., 1873. - 730 с.

7. Наумова Л. Юридические риски при ипотеке нежилых помещений / Л. Наумова // Бизнес-адвокат. — 2004. — №9. — С.12-18

8. Озернюк Г. В. Система цивільно-правових договорів за законодавством України і зарубіжних країн / Г. В. Озернюк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2011. – Випуск I. – С. 91-95

9. Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Часть общая / В.А. Ойгензихт. – Душанбе: Ирфон, 1972. – 224 с.

10. Рибачок В.А. Становлення інституту іпотеки та механізму оформлення іпотечних договорів за часів римського права / В.А.Рибачок // Часопис Київського університету права. – 2009. - №3. – С.15-156

11. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву / В. И. Серебровский. – п. Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 2003. – 558 с. (Классика российской цивилистики.)

12. Танаев В. М. Понятие «риск» в Гражданском кодексе Российской Федерации / В. М. Танаев // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С. С. Алексеева; Исследовательский центр частного права. Уральский филиал. Российская школа частного права. Уральское отделение. – М. : «Статут». – 318 с. – С. 8-34

13. Феленчак Ю. Б. Историчні аспекти формування ризику як категорії суспільних досліджень / Ю. Б. Феленчак // Сталий розвиток економіки. – 2012. – №11. – С. 48-52