

Фурса Светлана Ярославовна,
 доктор юридических наук, профессор,
 заведующая кафедрой нотариального,
 исполнительного процесса и адвокатуры,
 Заслуженный юрист Украины,
 иностранный член Польской академии наук
 (Люблинское отделение)

УДК 347.9

ИПОТЕКА В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НОТАРИУСОВ УКРАИНЫ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАКТИКИ

В статье дан анализ проблем, которые имеют место в законодательном регулировании процедуры удостоверения нотариусом договоров, возникающих из ипотечных отношениями и практики применения такого законодательства. Внесены предложения по совершенствованию Порядка совершения нотариальных действий нотариусами Украины.

Ключевые слова: ипотека, залог, нотариус, ипотечные отношения, договор.

Тема ипотечных отношений сегодня очень актуальна в Украине, поскольку в 2008 году народ пережил финансовый кризис, что было обусловлено значительным падением курса гривны по сравнению с долларом это обусловило невозможность возвращения кредитов многими должниками. Недавнее же изменение курса гривны с 8 до 24 за доллар США лишь обострило проблему невозврата кредитов и усилило сложности в восприятии ипотечных взаимоотношений, поскольку их специфика также претерпела существенные изменения в связи с необходимостью учета нестабильности цен на объекты недвижимости, вскрытых фактов некомпетентных действий нотариусов, а также иных объективных и субъективных факторов. К этому можно добавить и катастрофически высокие проценты по кредитам в Украине, которые банки вправе увеличивать в одностороннем порядке на случай финансовых кризисов и т.п.

Поэтому возникает необходимость в анализе современного опыта по применению ипотеки в Украине как в общеправовом контексте, когда государство берет на себя часть ответственности за возникший кризис и освобождает должников от катастрофически возросших процентов по кредиту, так и непосредственно в сфере применения такого средства обеспечения исполнения обязательств, каковым является ипотека как подвид залога. Эти проблемы напрямую касаются и фермеров, которым после развала Советского Союза были выделены права на землю в форме безымённых паев, которыми они до сих пор в полной мере не могут распоряжаться, а лишь пытаются обрабатывать или сдавать в аренду. При этом многие из них не способны самостоятельно обрабатывать землю, поскольку не имеют сельскохозяйственной техники и обработка небольших участков земли не может дать существенных доходов для ее приобретения.

Но вернемся к анализу общих проблем в ипотечных правоотношениях. Существен-

ные проблемы в ипотечных отношениях можно разложить на категории, которые в теоретическом контексте могут быть сведены к таковым:

- по субъектному фактору;
- по объекту ипотеки;
- по форме;

– по содержанию договоров, а именно по системному восприятию двух и более договоров, которые необходимо привести к добровольному или принудительному исполнению.

Данные проблемные вопросы напрямую связаны с законодательством Украины, где сформированы основные требования к участникам правоотношений, а также с деятельностью законодательной ветви власти и правоприменителей: нотариусов, судей и адвокатов. Лишь системно воспринимая возникшие проблемы, мы можем их комплексно решать.

Предпосылками возникновения проблем в сфере ипотечных отношений, естественно, являются проблемы в сфере кредитования, связанные с очень высокими ставками по кредитам, когда большинство граждан берут кредиты под высокие проценты в надежде на стабильный в данный момент доход. Но лишь потом ощущают те риски, которые возникают в связи с существенным изменением курса гривны, экономическим состоянием государства, когда значительное число работающих сокращается для сокращения издержек государственного бюджета и т.п. В таких случаях следовало бы оговаривать в кредитном договоре объективные причины невозможности исполнения обязательств и делить риски возникновения убытков на обе стороны или возлагать их на коммерческие организации, поскольку они способны демпфировать такие риски за счет высоких процентных ставок и получаемой ими прибыли не с одного договора, а с множества. В конце концов, можно в таких ситуациях говорить о сокращении ликвидности договоров, например, при ставке кредитования в 20 % согласиться на 5 % дохода. Но Украина допускает в кредитных

договорах обуславливать возможность увеличения процентной ставки в одностороннем порядке во время финансового кризиса, что лишь ухудшает положение должников, способных платить по условиям договора, но не способных удовлетворить возросшие претензии кредиторов. Не способствует выполнению обязательств по кредитам и временно вводимые ограничения по возвращению депозитных вкладов, и другие факторы.

Поэтому проблемы ипотеки как способа обеспечения взятых обязательств нужно искать в кредитовании, поскольку сопротивление обращению взыскания на заложенное имущество лежит не в плоскости законодательства, а в попытках использовать его недостатки, когда должник не способен платить по кредиту и пытается оставить в своей собственности квартиру или дом, как единственную возможность обеспечить себя жильем, а земельный участок как средство производства сельскохозяйственной продукции и т.п.. Это, в частности, обусловлено тем, что в Украине не предусмотрена система льготного обеспечения жильем. Например, в Германии гражданин, имеющий в своей собственности квартиру или дом, не сможет претендовать на льготы, поскольку он рассматривается как обеспеченный гражданин до прекращения у него прав собственности на дорогостоящие объекты и т.п. Отсутствие социальной защиты в Украине граждан, потерявших жилье, и невозможность его аренды из-за высокой арендной платы, порождает активное сопротивление обращению взыскания на предмет ипотеки, которым является жилье.

Проблемные вопросы ипотечных отношений по субъективному фактору можно свести к практике, когда реальные взаимоотношения подменяются, как иногда кажется, юридически выверенными заместителями. Например, семья берет кредит в банке для покупки жилого помещения, а, формально, договор подписывает и должником обозначается лишь тот из членов семьи, кто имеет доход. Это положение вызывает в последующем следующие негативные последствия: признание долга лишь за одним из членов семьи, а право собственности на приобретенный объект недвижимости определяется через суд как совместная собственность супругов, из которой потом сложно выделять в натуре принадлежащую должнику часть имущества.

Как средство устранения такого недостатка, довольно часто, другой из супругов обозначается как поручитель за возвращение долга, но этот способ устранения выявленного недостатка имеет свои сложности в применении. Отметим существенное усложнение кредитных отношений, когда вместе с кредитным договором должны быть четко и взаимосвязано регламентированы в договорах и правоотношения ипотеки и поручительства. Отсюда можно сделать вывод, что выдавая кредит на приобретение объекта недвижимости следовало бы изменить существующее правило и в качестве субъектов договора рассматри-

вать одновременно обоих супругов, тогда судебный перевод прав собственности на одного из них становится практически невозможным, поскольку они будут выступать как солидарные должники и на принадлежащее им совместное имущество можно будет обращать взыскание.

По объекту ипотеки в Украине можно выделить следующие проблемные вопросы:

– с общеправовой точки зрения в договорах ипотеки может фигурировать практически, все недвижимое имущество, которое не ограничено в гражданском обороте или не исключено из него, но тут следует брать во внимание специфику правового восприятия конкретных видов имущества и прав на него в Украине. В частности, к объектам недвижимости, согласно ст. 1 Закона Украины «Об ипотеке», отнесены: земельные участки, а также объекты, расположенные на земельном участке и неотъемлемо связанные с ним, перемещение которых является невозможным без их обесценивания и изменения их назначения. Залог воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов, имущественных прав на недвижимость, строительство которой не завершено, регулируется по правилам, определенным данным Законом. Мы не станем дискутировать по поводу квалификации объектов недвижимости, к коим отнесены суда и космические объекты, а лишь обратим внимание, что наиболее распространенным предметом договоров ипотеки является жилье, что обуславливает особый спрос на квартиры и дома. Но и тут проблемы очень высоки, что связано с многочисленными случаями мошеннических преступлений, когда деньги берутся в кредит и вносятся в строительство жилья, а потом оказывается, что застройщик просто их присвоил. Поэтому граждане оказываются без жилья и должниками без какой либо позитивной перспективы. Право на землю как объект ипотеки существенно усложняется спецификой деления земельных участков по видам;

– так в Украине до 2017 года действует мораторий на отчуждение земельных участков, используемых для сельскохозяйственного производства, который закреплен в п. 15 Переходных положений Земельного кодекса Украины (далее – ЗКУ). В частности, установлено, что к вступлению в силу законом об обращении земель сельскохозяйственного назначения, но не раньше 1 января 2017 года, не допускается:

а) покупка-продажа земельных участков сельскохозяйственного назначения государственной и коммунальной собственности, кроме исключения (выкупа) их для общественных потребностей;

б) покупка-продажа или иным способом отчуждение земельных участков и изменение целевого назначения (использование) земельных участков, которые находятся в собственности граждан и юридических лиц для ведения товарного сельскохозяйственного производства, земельных участков,

выделенных в натуре (на местности) владельцам земельных долей (паев) для ведения личного крестьянского хозяйства, а также земельных долей (паев), кроме передачи их в наследство, обмена земельного участка на другой земельный участок в соответствии с законом и исключением (выкупом) земельных участков для общественных потребностей, а также кроме изменения целевого предназначения.

Данное положение в деятельности нотариусов отражается фактическим отказом от совершения нотариальных действий по удостоверению сделок, связанных с землями сельскохозяйственного предназначения без распределения (квалификации) их на виды. Так, проще предотвратить возможные негативные последствия от признания сделки, удостоверенной нотариусом, недействительной. Хотя есть публичное мнение, что нужно выделять те земли, которые подпадают под действие моратория, а также те, которые не ограничены в отчуждении.

Характерно, что для кредитования сельхозпроизводителей был создан Государственный земельный банк, но на основании решения Правления Национального банка Украины от 26 июля 2016 года № 165-рш «Об отнесении Публичного акционерного общества «Государственный земельный банк» к категории неплатежеспособных» исполнительной дирекцией Фонда гарантирования вкладов физических лиц (далее – Фонд) принято решение от 26 июля 2016 года № 1323 «О вводе временной администрации в ПАТ «ДЕРЖЗЕМБАНК» и делегирование полномочий временного администратора банка». Согласно данному решению начата процедура выведения Публичного акционерного общества «Государственный земельный банк» (далее – ПАТ «ДЕРЖЗЕМБАНК») из рынка путем ввода в него временной администрации на один месяц с 27 июля 2016 года до 26 августа 2016 года [1]. Такой исход деятельности данного банка был предсказуем, поскольку при его создании были неправильно сформулированы его задачи и цель, которые определялись следующим образом: «Повышение качества жизни украинского села путем эффективного управления государственными землями», то есть вместо кредитования банк взял на себя полномочия по управлению государственными землями. Более того, Государственный земельный банк наделен правом покупать, продавать, сдавать в аренду земельные участки, а также изменять целевое назначение земельных участков [2], что свидетельствует о наличии у банка административных и властных полномочий, но не собственных деятельности финансового учреждения. Отсюда и возникли проблемы в деятельности данного учреждения, связанные с необходимостью «управлять» государственными землями, переданными ему государством в качестве уставного капитала, а также с мизерным финансовым капиталом, за счет которого невозможно реально

кредитовать сельхозпроизводителей. За счет изменения целевого назначения земельных участков банк существовать не способен – это было очевидно с самого начала. Основной доход от таких операций будет получать не государство, а частные лица.

По форме изложения договоров кредита и ипотеки можно утверждать, что современная украинская практика в большей степени ориентирована на предоставление существенных преимуществ кредиторам и лишь в отношении должников – государственных предприятий делается существенная оговорка, что взыскание с них может осуществляться только на основании решения суда, что говорит о неравенстве субъектов в ипотечных правоотношениях. Если государство «заботится» о собственных предприятиях, то не должно оставлять без такого же внимания и граждан, и юридические лица. Если допускается обращать взыскание на имущество должников на основании исполнительной надписи нотариуса, то и ипотекодатели – государственные предприятия должны подчиняться этому правилу. В частности, если государство заинтересовано в таком предприятии, то оно должно ответить по его долгам и не доводить дело до обращения взыскания на его имущество. При этом, может привлекаться к ответственности руководство предприятия, которое его довело до банкротства и т.п.

Еще одна общая формальная проблема заслуживает внимания. Довольно часто в Украине исполнительная надпись нотариуса осуществляется не на кредитном договоре, поскольку он не оформляется в нотариальном порядке и имеет лишь простую письменную форму, а на ипотечном договоре, который подлежит обязательному нотариальному удостоверению. Исполнительная надпись нотариуса по общему правилу служит основанием для принудительного ее исполнения исполнителями. Действительно, такая надпись нотариуса может признаваться в судебном порядке такой, что не подлежит принудительному исполнению государственной исполнительной службой, но для этого должны быть соответствующие предпосылки. Правовыми основаниями для этого могут служить следующие предпосылки:

- недостаточно четкая квалификация взаимосвязи договоров кредита и ипотеки, поскольку по общему правилу мы должны рассматривать два договора и неисполнение обязательств происходит по кредитному договору, а договор ипотеки исполняется в полном объеме и обеспечивается наложением запрета отчуждения объекта недвижимости. В ст. 88 Закона Украины «О нотариате» условием совершения ипотеки исполнительная надпись нотариусом выдвигается требование, чтобы поданные документы (оригинал) подтверждали бесспорность задолженности или другой ответственности должника перед взыскателем;

- каким образом нотариус может установить, что поданные документы подтверждают

беспорность задолженности или другой ответственности должника перед взыскателем? В Порядке совершения нотариальных действий нотариусами Украины (далее – Порядок) беспорными расцениваются те документы, которые указаны в Перечне документов, по которым взыскание задолженности проводится в беспорном порядке на основании исполнительных надписей нотариусов [3]. Отдельным положением в Перечне обусловлена возможность взыскания задолженности по основаниям, вытекающим из кредитных отношений. В последнем случае требуется предоставить оригинал кредитного договора, заверенная взыскателем выписка со счета должника с указанием суммы задолженности и сроков ее погашения с отметкой взыскателя о непогашении задолженности.

Таким образом, никаких ограничений по квалификации субъектов кредитных отношений нет и взыскатель, и должник могут быть как юридическими, так и физическими лицами. Кроме того, все документы предоставляются взыскателем, что допускает высокую вероятность совершения правонарушений.

В действующей редакции Порядка рассмотрен, на наш взгляд, главный элемент процедуры совершения исполнительных надписей, призванный гарантировать охрану прав должника. Так, согласно п. 2.3. главы 16 Порядка совершение исполнительной надписи в случае нарушения основного обязательства и (или) условий ипотечного договора осуществляется нотариусом после истечения тридцати дней с момента отправления ипотекодержателем сообщения – письменного требования об устранении нарушений ипотекодателю и должнику, если он отличается от ипотекодателя. Сообщение считается посланным, если есть отметка ипотекодателя на письменном сообщении о его получении или отметка почтового отделения связи об отправлении сообщения по указанному в ипотечном договоре адресу. Таким образом, 30 дневный срок должен дать возможность должнику отреагировать на «сообщение» взыскателя, но при такой редакции данной нормы очень много будет зависеть от почтовых работников, которые могут задержать «сообщение» и выдать справку об отправлении сообщения по указанному в ипотечном договоре адресу. К сожалению, даже в судебном порядке существуют случаи, когда повестка о рассмотрении дела должнику не отправлялась и дело рассматривалось без него в заочном режиме, что в последующем вынуждало его просить суд пересмотреть дело в связи с уважительной причиной отсутствия. Когда же взыскание будет рассматриваться без него в заочном режиме, то можно будет обжаловать в судебном порядке незаконность исполнительной надписи, произведенной без уведомления должника и по другим основаниям.

В частности, следует учесть некорректность положений Порядка производства нотариальных действий нотариусами Украины, где

в п. 5.7 главы 2 «Удостоверение сделок по отчуждению и залогоу имущества» раздела II Порядка производства отдельных видов нотариальных действий буквально говорится, что «Предметом ипотечного договора могут быть права аренды земельного участка, права пользования чужим земельным участком для сельскохозяйственных потребностей (эмфитевзис), права пользования чужим земельным участком для застройки (суперфиций)». Но это положение не соответствует статье 5 Закона Украины «Об ипотеке», где наравне с правом строительства, владения должим принадлежать и право отчуждения объекта недвижимости, а последнее право не входит в предмет договоров эмфитевзиса и суперфиция.

Существенные сложности могут возникнуть в пользовании земельными участками и в том случае, когда на них будет наложен запрет отчуждения. В частности, в результате удостоверения договора ипотеки должен накладываться запрет отчуждения объекта недвижимости, но это положение в ст. 73 Закона Украины «О нотариате» абсолютно неадекватно трансформируется, поскольку в этой норме допускаются следующие полномочия нотариуса по наложению запрета:

- в случае уведомления банка, предприятия или организации о выдаче гражданину кредита на строительство, капитальный ремонт или покупку жилого дома (квартиры), поскольку заявление и даже кредитный договор не могут служить основанием для наложения запрета, а таким основанием должен быть договор ипотеки;

- по обращению органа опеки и попечительства с целью защиты личных и имущественных прав и интересов ребенка, имеющего право собственности или проживающего в жилом доме, квартире, другом помещении, на отчуждение которого накладывался запрет – это неправильная формулировка в связи с тем, что орган опеки и попечительства не может самостоятельно в одностороннем порядке принимать такие решения. Для этого должны быть соответствующие правовые основания.

- по уведомлению ипотекодержателя – это также односторонний акт, а не договор.

При этом, в этой статье предусмотрено, что запрет накладывался и в случае удостоверения договоров пожизненного содержания и залога объектов недвижимости. В таком случае выходит, что банк, предприятие или организация и ипотекодержатели не удостоверили надлежащим образом договор ипотеки, поскольку в таком случае нотариус должен был накладывать запрет отчуждения во время удостоверения договора ипотеки. Не должен нотариус реагировать и на заявление органа опеки и попечительства, поскольку в таких случаях нужно обращаться в суд, который и выполняет роль защиты прав детей. Он вправе в порядке обеспечения иска наложить арест на имущество, принадлежащее ребенку, а потом будет решать спор по существу, поскольку в рассматриваемом

случае запрет отчуждения должен быть связан с нарушением прав ребенка. Иначе орган опеки и попечительства наделяется полномочиями, которыми станет легко злоупотреблять. Кроме того, без согласия органа опеки и попечительства нотариус и так не сможет удостоверить сделку по отчуждению принадлежащего ребенку объекта недвижимости (абз. 2 ч. 2 ст. 33, ст. 71 ГК Украины).

Следует отметить, что сельскохозяйственном производстве в Украине, сегодня работает много иностранцев, которые успешно ведут бизнес, при этом не имея права собственности на землю сельскохозяйственного назначения, но вправе ее арендовать (ст. 81, 82 Земельного кодекса Украины).

Целью данной статьи является обмен опытом в решении проблем, связанных с ипотечными взаимоотношениями, которые довольно часто отражают те или иные негативные факторы в общественных отношениях

и реакцию органов государственной власти на них. Надеюсь, что реформирование органов судебной власти приведет к позитивным результатам и судьи станут компетентными и беспристрастными, что позволит устранить множество проблем в правоприменении и, в частности, в ипотечных отношениях.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Запроваджено тимчасову адміністрацію у ПАТ «ДЕРЖЗЕМБАНК» http://www.dzbank.com.ua/press_room/news/admin_fond/.
2. ПРО БАНК <http://www.dzbank.com.ua/about/>.
3. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF>.

Фурса Світлана Ярославівна **ИПОТЕКА В ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСІВ УКРАЇНИ:** **ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКИ**

У статті подано аналіз проблем, які мають місце в законодавчому регулюванні процедури посвідчення нотаріусом договорів, що виникають з іпотечних відносин і практики застосування такого законодавства. Внесено пропозиції щодо вдосконалення Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Ключові слова: іпотека, застава, нотаріус, іпотечні відносини, договір.

Fursa Svitlana **MORTGAGE IN THE ACTIVITIES OF NOTARIES OF UKRAINE:** **PROBLEMS OF LEGISLATIVE AND REGULATORY PRACTICES**

The article analyzes the problems that exist in the legal regulation of agreements notary certification procedures, arising from mortgage relations and the practice of such legislation. Proposals for improving the Procedure notarial acts notars of Ukraine.

Keywords: mortgage, pledge, notary, mortgage relations, contract.

Фурса Євген Іванович,
кандидат юридичних наук, професор
кафедри міжнародного приватного,
комерційного та цивільного права,
Київського національного торговельно-економічного університету

Фурса Євген Євгенович,
кандидат юридичних наук, аташе,
Міністерство закоронних справ України

УДК 347.9

ЗАПОВІТИ САМОГУБЦІВ – ПРИВІД ДЛЯ ДИСКУСІЇ

Здійснено аналіз позиції науковців щодо можливості правового регулювання заповітів самогубців на предмет їх недійсності за різних умов і доцільності відображення різних ситуацій, пов'язаних з визнанням таких заповітів недійсними, у цивільному праві. Виявлено основні проблемні моменти в позиції авторів, які запропонували таку новелу, і висловлені пропозиції щодо сприйняття таких заповітів в судовій практиці.

Ключові слова: заповіт, самогубець, недійсність заповіту, судова практика.

Постановка проблеми. Інтерес до визначення в назві проблематики викликала стаття Т.О. Калашника та А.В. Гончарової «Складності визначення дійсності заповітів самогуб-

ців» [1], оскільки тема оригінальна і цікава, а позиція зазначених вчених неоднозначна, особливо, коли мова піде про впровадження такого статусу як самогубець в правову