

**В. С. Кайдашов,**

кандидат юридичних наук, адвокат, співзасновник Адвокатського об'єднання «УКР-ТРАСТ»

## ОКРЕМІ ПИТАННЯ УКЛАДЕННЯ ІПОТЕЧНИХ ДОГОВОРІВ В АСПЕКТІ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ДІТЕЙ НА КОРИСТУВАННЯ ЖИТЛОМ, ЩО Є ПРЕДМЕТОМ ІПОТЕКИ

**Анотація.** Стаття присвячена актуальним питанням укладення іпотечних договорів з передачі в іпотеку житла, право користування яким мають діти. За результатами проведеного дослідження виявлені недоліки в законодавчому регулюванні означених питань, а також надані практичні рекомендації, дотримання яких дозволить уникнути ситуацій визнання відповідних договорів недійсними внаслідок порушення прав дітей.

**Ключові слова:** іпотека, договір, дитина, права, житло.

**Анотация.** Статья посвящена актуальным вопросам заключения ипотечных договоров по передаче в ипотеку жилья, право пользования которым имеют дети. По результатам проведенного исследования выявлены недостатки в законодательном регулировании указанных вопросов, а также выработаны практические рекомендации, соблюдение которых позволит избежать ситуаций признания соответствующих договоров недействительными вследствие нарушения прав детей.

**Ключевые слова:** ипотека, договор, ребенок, права, жилье.

**Summary.** The article is devoted to topical issues of concluding mortgage contracts for the transfer of housing to a mortgage, the right to use of which are children. According to the results of the study, there were identified shortcomings in the legislative regulation of these issues, as well as practical recommendations were developed, the observance of which will allow to avoid situations of recognizing the relevant contracts as invalid due to the violation of children's rights.

**Key words:** mortgage, contract, child, rights, dwelling.

**Постановка проблеми.** Політичні, соціальні та економічні реалії створюють підґрунтя для постійного оновлення положень національного законодавства з метою його приведення у відповідність до актуальних потреб як окремої особи, так і держави в цілому. Передусім ідеться про необхідність усунення невідповідностей між актами різної юридичної сили, існування яких створює реальну загрозу для можливості кожної особи безперешкодно реалізувати свої права та свободи.

Однак будь-які правовідносини характеризується наявністю не лише певних прав, а й обов'язків, виконання яких певним чином гарантується. Серед іншого таким гарантом може бути як нормативно закріплена вимога щодо обов'язковості виконання взятих на себе зобов'язань («немайнова гарантія»), так і наявність додаткового зобов'язання майнового характеру, внаслідок виконання якого матиме місце належне виконання основного зобов'язання («майнова гарантія»).

© Кайдашов В. С., 2018

Так, ще за часів Солона (6 ст. до н.е.) існувала така майнова відповідальність боржника: на межі його домоволодіння встановлювався стовп із написом, що майно є забезпеченням вимог кредитора на визначену суму (*hypotheka*) [1, с. 152]. Надалі це слово почали вживати для позначення застави нерухомого майна, а головну мету іпотеки визначали як «надати кредиторіві не власність, не володіння, не користування, а правильне забезпечення, незалежне від прав, що третя особа могла б пред'явити на закладене майно» [2, с. 185].

Сучасній юридичній науці відома значна кількість визначень іпотеки (як-от праці Г. І. Балюка [3, с. 76], А. А. Вишневського [4, с. 15], В. В. Носіка [5, с. 32], В. І. Семчика [6, с. 10], В. В. Смирнова [7, с. 7], А. Р. Чанишевої [8, с. 7], Г. Ф. Шершеневича [9, с. 346] тощо). При цьому, незважаючи на наявність певної наукової невизначеності щодо розуміння цього поняття, все ж таки слід погодитися із А. В. Журавель, що в умовах сьогодення іпотека як різновид застави нерухомості – один із найбільш надійних та ефективних способів забезпечення зобов'язань [10, с. 5].

Водночас слід взяти до уваги, що, за даними Державної служби статистики України, чисельність населення із середньодушовими еквівалентними загальними доходами на місяць, нижчими фактичного прожиткового мінімуму (2941,5 грн), у 2017 р. склала 13,5 мільйонів осіб, що становить 34,9% від загальної чисельності населення України [11]. Як наслідок, цілком логічним є те, що станом на 01.09.2018 р. частка непрацюючих кредитів, що надані фізичним особам, становить 50,42% [12].

Таким чином, банки намагаються мінімізувати свої ризики, у тому числі й шляхом оформлення в іпотеку нерухомого майна. З огляду на вказане, дуже важливим є врегулювання всіх можливих суперечностей ще на етапі виникнення кредитно-іпотечних правовідносин.

З огляду на вказане питання забезпечення платоспроможності боржників є актуальним саме з позиції дієвості законодавчого захисту всіх учасників іпотечних правовідносин. При цьому дослідження питань виникнення та реалізації таких правовідносин, у тому числі за участю дітей, є нагальним як з точки зору опрацювання теоретичного матеріалу, так і з точки зору юридичного аналізу чинної нормативної бази.

**Аналіз досліджень і публікацій.** Дослідженню проблем врегулювання іпотечних правовідносин присвячено чимало наукових праць таких учених, як Г. І. Балюк, В. В. Вітрянський, А. А. Вишневський, Д. М. Гриджук, В. А. Другова, Р. А. Майданик, В. П. Нагребельний, В. В. Носік, В. К. Райхер, В. І. Семчик, А. Р. Чанишева, Г. Ф. Шершеневич та ін. При цьому означені питання в аспекті захисту прав дітей на користування житлом, що є (стане) предметом іпотеки, не були предметом комплексного та ґрунтового дослідження, тим паче в умовах сучасного правового регулювання.

**Мета та завдання дослідження.** Метою цього дослідження є з'ясування закономірностей та особливостей правового регулювання суспільних відносин у сфері захисту прав дітей під час укладення іпотечних договорів, формулювання наукових висновків і розробка практичних рекомендацій з метою мінімізації юридичних ризиків усіх учасників іпотечних правовідносин.

Завдання дослідження зумовлені його метою, а їх сутність полягає в такому: а) розкрити закономірності іпотечних правовідносин взагалі та їх особливості, пов'язані з участю в них малолітніх та неповнолітніх осіб зокрема; б) виявити недоліки чинного законодавства України та звичайної правозастосовної практики під

час укладення іпотечних договорів; в) обґрунтувати необхідність запровадження та запропонувати відповідні механізми з метою створення дієвих і рівнозначних умов захисту прав та інтересів учасників іпотечних правовідносин.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, у тому числі й ті, що врегульовані нормами права, у сфері укладання та виконання іпотечних договорів за участю малолітніх та неповнолітніх осіб.

Предметом дослідження є норми Конституції України [13], інших національних правових актів у сфері іпотечних правовідносин, практика їх застосування, наукові підходи, доктринальні ідеї, пов'язані з об'єктом дослідження.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 3 Конвенції про права дитини [14], в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини.

Конституція України закріплює ряд прав і свобод людини, серед яких одним з найважливіших є право на житло. Подальший розвиток вказані конституційні положення отримують у Цивільному [15] та Сімейному [16] кодексах України. Зокрема, в указаних нормативних актах поряд із майновими правами дітей визначають їх немайнові права, до яких серед іншого належить право дитини на користування житлом (така норма повною мірою кореспондується із приписами статей 47, 48 Конституції України [13]).

Розпочинаючи будь-які дослідження, передусім необхідно з'ясувати термінологічні питання, оскільки саме правова невизначеність окремих понять є однією з причин тих недоліків нормотворчої та правозастосовної практики, про які мова йтиме далі.

Так, існує певна правова невизначеність із поняттям житла, право користування яким мають діти. Із позиції Закону України «Про охорону дитинства» [17], діти – члени сім'ї наймача або власника жилого приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем. Убачається, що корелюючи із приписами ч. 4 ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян та безпритульних дітей» [18], вказана норма визначає, що діти мають право користування будь-яким житлом своїх батьків, а тому існує необхідність отримання згоди органу опіки та піклування на вчинення батьками правочинів з усім належним їм житлом.

При цьому законодавчого визначення поняття «займані приміщення», як і механізму визначення моменту виникнення відповідного права, не існує. Отже, спробуємо віднайти відповіді на вказані запитання шляхом комплексного тлумачення окремих нормативних актів та судових рішень.

Насамперед звернімося до позиції Верховного Суду України (ухвала від 23.07.2008 р. у справі № 6-3859св08), який пов'язує питання наявності права користування житлом із фактом реєстрації місця проживання особи: «Право користування майном члена сім'ї власника житла пов'язано з моментом здійснення реєстрації за місцем проживання особи» [19]. При цьому судова колегія не зробила будь-якого винятка з цього правила, у тому числі й стосовно прав дітей на користування відповідним житлом.

Однак вважаємо, що штучне створення юридично значущого зв'язку між фактом реєстрації місця проживання і виникненням права на користування житлом є безпідставним та таким, що суттєво обмежує права дітей. Зокрема, така позицію ґрунтується на такому.

Згідно зі статтею 405 Цивільного кодексу України [15] (далі – ЦК України) члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом. Аналогічне положення міститься й в ч. 1 ст. 156 Житлового кодексу УРСР [20] (далі – ЖК УРСР). Відповідно до приписів статті 29 ЦК України [15], місцем проживання фізичної особи у віці до 14 років є, за загальним правилом, місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає. При цьому, відповідно до приписів ч. 6 ст. 29 ЦК України [15], фізична особа (у тому числі й дитина) може мати кілька місць проживання.

Отже, вбачається, що законодавець прямо зазначає не лише про необхідність дотримання житлових прав дитини, а й передбачає автоматичне набуття дитиною права користування житловим фондом, яке вона займає та/або яке належить її батькам.

Таким чином, нагальною є така проблема: яким чином законодавець визначив норми права, що забезпечують реалізацію прав дитини на користування житлом, що передається в іпотеку банку.

Згідно з положеннями ст. 177 Сімейного кодексу України [16], статей 17, 18 Закону України «Про охорону дитинства» [17] та ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» [18], батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування укладати, зокрема, договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав тощо.

Звертаємо увагу, що, відповідно до положень ст. 203 ЦК України [15], зміст правочину не може суперечити, зокрема, цьому Кодексу та іншим актам цивільного законодавства. Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Статтею 215 ЦК України [15] передбачено, що підставою недійсності правочину є недодержання в момент його вчинення стороною (сторонами) вимог, що встановлені частинами першою–третьою, п'ятою та шостою ст. 203 цього Кодексу. Недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається.

Отже, правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їх малолітніх чи неповнолітніх дітей, як зазначено у ч. 6 ст. 203 ЦК України [15], у протилежному випадку такий правочин є нікчемним.

Таким чином, законодавець визначив досить конкретні обмеження у правах батьків щодо розпорядження нерухомим майном (житлом), право на користування яким належить дитині.

Наступне важливе запитання: яким чином слід діяти учасникам іпотечних правовідносин задля мінімізації ризиків порушення прав дитини на користування житлом, що передається в іпотеку?

На нашу думку, для відповіді на це запитання важливою є розробка певних механізмів для визначення того, чи має право користування певним житлом дитина і як саме має бути підтверджене це право.

По-перше, як зазначалося нами раніше, ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» [18] передбачено, що для вчинення будь-яких правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, необхідний попередній дозвіл органів опіки та піклування, що надається відповідно до закону.

Тобто з набранням чинності цього Закону (з 01.01.2006 р.) вимога щодо необхідності отримання попередньої згоди органів опіки та піклування стосується не тільки батьків або осіб, що їх замінюють, а всіх осіб, які мають намір укласти такі правочини (позиція Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, що викладена в ухвалі від 25.04.2012 р. у справі № 6-688св12) [21].

По-друге, необхідно керуватися тим, що в кожному конкретному випадку іпотекодержателі мають документально перевіряти право користування житловим приміщенням дитиною. Починаючи з 2012 р. зазначене правило закріплене й на рівні підзаконного акта. Так, пунктами 1.9, 1.10 гл. 2 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [22] передбачено, що з метою перевірки відсутності прав малолітніх та неповнолітніх дітей на користування відчужуваними житлом нотаріус вимагає подання йому довідки про склад сім'ї. У разі виявлення з поданих відчужувачем документів, що право власності або право користування відчужуваним житлом мають діти, нотаріус повинен витребувати дозвіл органу опіки та піклування на вчинення такого правочину.

Отже, якщо в довідці не вказуються особи до 18 років, то вважається, що немає дітей, які мають право користування предметом іпотеки. При цьому, якщо в паспорті іпотекодавця є відповідна позначка про наявність дітей, а в довідці про склад зареєстрованих осіб на предмет іпотеки ці діти не значаться, то виникає запитання: де саме мешкають діти іпотекодавця, право користування яким житлом вони мають?

По-третє, якщо визначити документально місце проживання дитини не вбачається за можливе, то слід керуватися таким. Так, урахуовуючи приписи згаданої нами ч. 1 ст. 405 ЦК України [15], цілком обґрунтованим є висновок, що якщо власник предмета іпотеки визначив, що його діти займають інше житло, то передача в іпотеку житла, яке діти не займають, не порушує їх житлових прав і не потребує отримання згоди органу опіки та піклування.

**Висновки.** Одним із найбільш дієвих способів забезпечення належного виконання боржником грошового зобов'язання перед кредитором є наявність ефективного механізму звернення стягнення на майно, переданого в забезпечення виконання такого зобов'язання.

У цілому наявні законодавчі положення створюють достатньо умов для захисту інтересів учасників іпотечних правовідносин, проте вони не є досконалыми. Як приклад: єдиний чинний на цей час закон, що унормовує іпотечні правовідносини без прив'язки до конкретної сфери суспільного регулювання, не містить навіть визначення поняття «іпотечний договір», не кажучи вже про відсутність чіткого правового регулювання питань обмеження в оформленні в іпотеку окремого майна, зважаючи на певний суб'єктний та об'єктний склад іпотечних правовідносин.

У свою чергу, досить поширеною є практика дослідження суто теоретичних основ певної проблеми без її «прив'язки» до положень чинного національного та міжнародного законодавства України. Проте такий підхід здається нам не повною мірою

обґрунтованим, оскільки першочерговим завданням будь-якої наукової роботи є отримання певного результату, пов'язаного з доведенням нових наукових і науково-технічних знань до стадії практичного використання [23].

Звісно, найбільший захист іпотекодержатель отримує в тому випадку, якщо в предметі іпотеки взагалі не будуть зареєстровані будь-які особи, і при цьому іпотекодавець, його подружжя та/або член сім'ї, які мають дитину, мають інше зареєстроване місце проживання. Проте практика свідчить, що така ситуація має місце не досить часто.

З огляду на вказане, вирішуючи одне з ключових завдань нашого дослідження щодо формулювання пропозицій із вдосконалення механізму, направлено на створення дієвих та рівнозначних умов з захисту прав і інтересів учасників іпотечних правовідносин, пропонуємо такі практичні рекомендації, дотримання яких дозволить уникнути ситуацій порушення прав дитина, а отже, й визнання укладених іпотечних договорів недійсними:

1. Перед укладенням іпотечного договору слід проводити перевірку (у тому числі й документальну) щодо факту реєстрації місця проживання будь-яких осіб у майні, що пропонується в іпотеку, у тому числі іпотекодавця, його подружжя та їх дітей.

2. У разі встановлення факту реєстрації місця проживання дитини у предметі іпотеки – отримувати дозвіл органу опіки і піклування у порядку, визначеному чинним законодавством України.

3. За умови наявності інформації про наявність в іпотекодержателя та/або його подружжя дитини та відсутності можливості отримати відповідний дозвіл органу опіки і піклування – доцільним є висунення вимоги про наявність зареєстрованого місця проживання одного з батьків дитини за адресою, відмінною від адреси предмета іпотеки.

4. У разі встановлення факту реєстрації дитини не в предметі іпотеки, але не разом із одним з батьків – не оформлювати майно в іпотеку до моменту проведення реєстрації місця проживання дитини разом із одним із батьків (якщо батьки або один з них зареєстрований у предметі іпотеки).

## Список використаних джерел

---

1. Рибачок В. А. Становлення інституту іпотеки та механізму оформлення іпотечних договорів за часів римського права. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 3. С. 150–156.
2. Базанов И. А. Происхождение современной ипотеки. Новейшие течения в вотчинном праве в связи с современным строем народного хозяйства. Москва : Статут, 2004. 589 с.
3. Балюк Г. І., Єлісеєва О. В. Правові засади вирішення судами спорів, пов'язаних із зверненням стягнення на земельну ділянку (як предмет іпотеки) на вимогу кредитора. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. Вип. 80–82. 2004. С. 75–79.
4. Вишне夫斯基 А. А. Залоговое право. Москва : Статут, 1995. 300 с.
5. Носік В. В. Проблеми формування правового інституту землі в Україні. *Українське комерційне право*. 2002. № 2. С. 31–46.
6. Семчик В. І. Організаційно-правові проблеми становлення і розвитку іпотеки в АПК. *Організаційно-правові проблеми розвитку аграрного і земельного ринків в Україні* : тези доп. Київ, 2004. С. 10–16.
7. Смирнов В. В. Залог и страхование : пособие. Киев, 1995. 102 с.
8. Чанишева А. Р. Іпотечні цивільні правовідносини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.

9. Шершневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Санкт-Петербург : Изд-во братьев Башмановых, 1910. 879 с.
10. Журавель А. В. Розвиток інституту іпотеки в Україні: історичний досвід, проблеми та перспективи : монографія. Одеса : ОДУВС, 2010. 156 с.
11. Диференціація життєвого рівня населення (без урахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та м. Севастополя). *Офіційний сайт Державної служби статистики України*. URL: <http://www.ukrstat.gov.ua> (дата звернення 28.10.2018).
12. Обсяги активних операцій та частка непрацюючих активів в цілому по системі. *Офіційний сайт Національного банку України*. URL: [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=34661442&cat\\_id=34798593](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=34661442&cat_id=34798593) (дата звернення: 28.10.2018).
13. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
14. Конвенція про права дитини : Конвенція Організації Об'єднаних Націй від 20.11.1989. *Зібрання чинних міжнародних договорів України*. 1990. № 1. С. 205.
15. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
16. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21. Ст. 135.
17. Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 № 2402-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142.
18. Про основи соціального захисту бездомних громадян та безпритульних дітей : Закон України від 02.06.2005 № 2623-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 26. Ст. 354.
19. Ухвала Верховного Суду України від 23.07.2008 у справі № 6-3859св08. *Офіційний сайт Єдиного державного реєстру судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2270896> (дата звернення: 30.10.2018).
20. Житловий кодекс УРСР: Закон УРСР від 30.06.1983 № 5464-X. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1983. № 28. Ст. 573.
21. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25.04.2012 у справі № 66-688св12. *Офіційний сайт Єдиного державного реєстру судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24067672> (дата звернення: 30.10.2018).
22. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5. *Офіційний вісник України*. 2012. № 17. Ст. 632.
23. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 26.11.2015 № 848-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 3. Ст. 25.