

Система реєстрації прав на нерухомість: необхідне і достатнє врахування специфіки книжкового володіння

Система регистрации прав на недвижимость: необходимый и достаточный учет специфики книжного владения

The System of Title Registration: Necessary and Sufficient Account of Recorded Possession Specifics

Анотація

Автор виходить з того, що специфіка обороту нерухомого майна за наявності системи реєстрації прав обумовлюється, передусім, специфікою книжкового володіння. З цього випливає, що при встановленні регулювання слід підходити до врахування специфіки книжкового володіння як до необхідного і достатнього. Зокрема, необхідно виключити безпідставні особливості регулювання, не обумовлені специфікою книжкового володіння. Тоді оборот нерухомості можна суттєво спростити, прискорити і здешевити, наблизивши його за цими параметрами до обороту рухомості. Торренсівський “принцип незалежності титулу” і похідні від нього “принцип неоспорюваності титулу”, “дзеркальний принцип” (включаючи гарантування державою достовірності відомостей із реєстру і створення титулу реєстрацією), “принцип завіси”, “принцип відшкодування шкоди” та всі інші торренсівські “принципи” не тільки не обумовлені специфікою книжкового володіння, але й шкідливі. Зокрема, слід скасувати правило про виникнення права власності на нерухомість лише з моменту її державної реєстрації. Обов'язковість нотаріального посвідчення правочинів з нерухомістю, як і будь-який інший контроль над їх правомірністю, а також тотальний контроль над правомірністю передачі книжкового володіння правами на нерухомість у системі реєстрації прав шкідливі, їх слід скасувати. Розбіжності в порядку набуття права власності за давністю на рухомість і нерухомість також безпідставні. Загальні правила про оборот майна (як рухомого, так і нерухомого) потребують удосконалення з метою безумовного захисту добросовісного набувача як права власності, так і інших речових прав.

Ключові слова: *нерухоме майно, система реєстрації правочинів, система реєстрації прав, система реєстрації Торренса, книжкове володіння, речові права, добросовісне набуття, принцип незалежності титулу, принцип неоспорюваності титулу, дзеркальний принцип, набуття права за давністю*

Аннотация

Автор исходит из того, что специфика оборота недвижимого имущества при наличии системы регистрации прав обуславливается, прежде всего, спецификой книжного владения. Отсюда следует, что при установлении регулирования следует подходить к учету специфики книжного владения как к необходимому и достаточному. В частности, необходимо

исключить необоснованные особенности регулирования, не обусловленные спецификой книжного владения. Тогда оборот недвижимости можно существенно упростить, ускорить и удешевить, приблизив его по этим параметрам к обороту движимости. Торренсовский “принцип независимости титула” и выводимые из него “принцип неоспоримости зарегистрированного права”, “зеркальный принцип” (включая гарантирование государством достоверности сведений из реестра и создание титула регистрацией), “принцип занавеса”, “принцип возмещения вреда” и все прочие торренсовские “принципы” не только не обусловлены спецификой книжного владения, но и вредны. В частности, следует отменить правило о возникновении права собственности на недвижимость лишь с момента его государственной регистрации. Обязательность нотариального удостоверения сделок с недвижимостью, как и всякий иной контроль над их правомочностью, а также тотальный контроль над правомочностью передачи книжного владения правами на недвижимость в системе регистрации прав вредны, их следует отменить. Различия в порядке приобретении права собственности по давности на движимость и недвижимость также необоснованны. Общие правила об обороте имущества (как движимого, так и недвижимого) нуждаются в усовершенствовании с целью безусловной защиты добросовестного приобретателя как права собственности, так и других вещных прав.

Ключевые слова: *недвижимое имущество, система регистрации сделок, система регистрации прав, система регистрации Торренса, книжное владение, вещные права, добросовестное приобретение, принцип независимости титула, принцип неоспоримости титула, зеркальный принцип, приобретение права по давности*

Summary

The author proceeds from the premise that where a system of title registration is in place, the specifics of immovable property transactions depend, first and foremost, on the recorded possession specifics. Therefore, while introducing pertinent regulation, one should consider the specifics of recorded possession as necessary and sufficient. In particular, one should exclude ungrounded specifics of regulation that are not related to the specifics of recorded possession. This will simplify and cheapen immovable property transactions, making them comparable to movable property transactions in this respect. Torrens' "title independence principle" and its derivatives, such as: "registered title indefeasibility principle", "mirror principle" (including the accuracy and reliability of the registry data guaranteed by the State, and title by registration), "curtain principle", "indemnity principle" and all other Torrensian principles, - are not only unrelated to the recorded possession specifics, but also harmful. Thus, the rule whereby the title arises only from the moment of its state registration should be abolished. Mandatory notarization of immovable property deeds, any other control of their validity, as well as a total control over the legitimacy of transferring recorded possession of title in a system of title registration are also damaging and should be abolished. Existing differences in procedures for adverse possession of movable and immovable property are groundless. General rules of property (both movable and immovable) transactions need improving so as to ensure absolute protection of bona fide acquirers' property rights and other rights in rem.

Key words: *immovable property, deeds registration system, title registration system, Torrens system, recorded possession, rights in rem, bona fide acquisition, title independence principle, title indefeasibility principle, mirror principle, positive prescription*

Наразі не існує якогось єдиного, загальноприйнятого у світі підходу до обороту нерухомості. Мало того, що існують різні системи реєстрації — правочинів і прав. Всередині кожної системи спостерігається велике розмаїття підходів. Імовірно, це свідчить про те, що людство не винайшло поки оптимальної системи і перебуває у пошуку. Тому, вбачається, законодавцям України та інших пострадянських країн, які не мають багажу давніх традицій і не обтяжені тягарем супутніх їм упереджень, варто критично поглянути на іноземний досвід у цій сфері, щоби сприйняти найкраще, але при цьому відмовитися від помилкового.

Реєстрація правочинів

Система реєстрації правочинів передбачає, що правочини щодо нерухомості передаються реєстратору і зберігаються в нього, а будь-який бажаючий може з ними ознайомитись. Наслідки того, що правочин щодо нерухомості не зареєстровано, можуть різнитися за різних варіацій системи реєстрації правочинів (*notice, race, race-notice*), але об'єднує їх сьогодні те, що такий правочин за загальним правилом не може бути протиставлений третій особі, яка добросовісно покладалася на його відсутність.

Значною перевагою системи реєстрації правочинів є відсутність втручання держави у приватні справи. Роль реєстратора полягає лише у наданні сервісів — як то прийняття на зберігання документів, забезпечення доступу до них зацікавлених осіб, ведення різноманітних каталогів, картотек та індексів. Учасники обороту, ознайомившись із документами, можуть самі робити з них висновки стосовно наявності або відсутності прав на нерухомість, характеру цих прав і на свій ризик приймати рішення щодо укладення ними угод.

Цікаво, що міркування щодо втручання держави у приватні справи стали одним з аргументів, які схилили більшість штатів США відмовитися від системи реєстрації прав (*registering*) на користь реєстрації правочинів без їх перевірки (*recording*), а вищий суд штату Огайо у 1897 році¹ визнав неконституційним надання реєстратору прав таких повноважень, за яких він досліджує докази, застосовує право та приймає рішення щодо законної власності, бо це є повноваження судової гілки влади².

Не дивно, що більшість штатів США обрали систему реєстрації правочинів: мінімальне втручання держави у приватні справи — це саме те, до чого американці особливо прихильні.

Ще одним аргументом на користь реєстрації правочинів було те міркування, що система реєстрації прав Торренса (а саме цю модель реєстрації прав було свого часу запроваджено у низці північноамериканських штатів) не завжди призводить до справедливих результатів (хоча злі язики стверджують, ніби цей аргумент вигаданий страховим лобі).

Недоліки системи реєстрації правочинів багато в чому визначаються її перевагами.

Так, здавалося б, можливість зацікавленої особи отримати повну інформацію про історію правочинів з нерухомістю — це плюс. Але обробка цієї інформації, її правова оцінка (*due diligence*) є справою дуже непростого, трудомісткого та дорогою. До того ж відомо, що зміст тексту правочину може виявитися неоднозначним (а то і малозрозумілим). Досліднику доводиться на свій ризик тлумачити правочини, але неочевидно, що у випадку спору суд тлумачитиме

¹ *Ohio v. Guilbert*, 47 N. E. 551, 558–59 (Ohio 1897).

² *Szypszak C. Public registries and private solutions: an evolving American real estate conveyance regime // Whittier Law Review*.— 2003.— т. 24.— P. 663–706, at p. 775.

так само, а не інакше. Не завжди легко і виявити всі документи, що стосуються нерухомості. Тому справедливість оцінки, наданої за результатами дослідження, напевне гарантувати не можна. Дійти хибних висновків, натомість, дуже легко, а всі негативні наслідки ляжуть на сторону, яка помилилась, — саме тому, що вона мала можливість отримати всю інформацію й оцінити її.

Віддаючи належне системі страхування титулів, розвинутій, зокрема, в США, зауважимо, що сам факт її існування свідчить про недостатню надійність системи реєстрації правочинів з нерухомістю. Крім того, можливість відшкодування збитків, зокрема, шляхом отримання страховки, не завжди може задовольнити учасника правочину з нерухомістю, в якого цю нерухомість відібрали, особливо якщо він її вже тривалий час використовує, пристосовує під себе і несе при цьому значні витрати, покладаючись на своє право власності.

Ще одним недоліком є неможливість дотримання конфіденційності, котра для тих чи інших учасників правочину з нерухомістю може бути важливою.

Реєстрація прав

Система реєстрації прав передбачає, що в реєстрі оголошуються права на нерухомість, а не правочини щодо нерухомості.

Найважливішою перевагою системи реєстрації прав є стовідсоткова достовірність інформації про книжкових володільців прав (але не про їх суб'єктів). Це питання обговорюється у наступному розділі.

Явною перевагою системи реєстрації прав є відсутність у набувача необхідності проводити дослідження історії нерухомості, вивчати купи документів, що її стосуються, і робити неочевидні висновки з них (*probatio diabolica*), які цілком можуть згодом не підтвердитись.

Ця перевага забезпечується тим, що бажаючі отримують доступ до відомостей про зареєстровані права, а не правочини. Слід підкреслити, що відсутність доступу до правочинів буде перевагою лише у випадку наявності правил, що дозволяють *добросовісному* набувачеві отримати право на нерухомість, незважаючи на дефекти у ланцюжку попередніх передач права попереднім володільцям. Якщо ж титули у ланцюжку *завжди* будуть залежними від попередніх титулів, то, як вірно зауважив Р. Торренс, такий ланцюжок буде не міцнішим за його найслабшу ланку³. Єдиний дефект у ланцюжку титулів є фатальним⁴. Такий підхід застосовувався в англійській системі реєстрації прав за часів Р. Торренса, що, природно, призводило до несправедливих результатів. Приклад такої несправедливості Р. Торренс згадує у передмові до

³ Torrens R. *An essay on the transfer of land by registration, under the duplicate method operative in British colonies*. London: Cassell, Petter, Galpin & Co., Ludgate Hill, [1882?], 88p., at p. 17. <http://nla.gov.au/nla. aus-vn2275335>

⁴ Stein R. The "Principles, Aims and Hopes" of Title by Registration. *Adelaide Law Review*, 1983, 9 (2), P. 267–278, at p. 268 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/1983/21. pdf>

своїєї ранньої книги⁵ й описує в одній із промов. Його друг купив землю в Індії, вклав багато грошей у будівництво і втратив все, оскільки у ланцюжку передач титулу виявились вада⁶ (імовірно, про яку він не знав і не мав знати). Втім, ідея Р. Торренса втілити “принцип незалежності [zareєстрованого] титулу” (*independence of title principle*) — зробити так, щоб титули у ланцюжку ніколи⁷ не залежали від попередніх титулів (незважаючи на добросовісність або недобросовісність набувача), — означає іншу крайність. Надання набувачеві захисту у випадках, коли це непотрібно, може призводити до несправедливості⁸, від якої страждає вже не набувач, а колишній власник (суб'єкт іншого права). Продукування ж результатів, далеких від справедливості, здатне підірвати суспільну довіру до системи⁹.

Додатковим бонусом у системі реєстрації прав є можливість дотримання конфіденційності. Насправді, якщо у набувача відсутня необхідність проводити дослідження історії нерухомості, то і немає жодної потреби розкривати стороннім зміст правочинів, вчинених з нерухомістю.

Відсутність необхідності у страхуванні титулів також є істотним плюсом.

Треба зазначити, що одним із торренсівських “принципів” є “принцип відшкодування шкоди” (*indemnity principle*) — особам, які постраждали від дії системи реєстрації (а не від впливу людського фактора), відшкодовується шкода за рахунок страхового фонду¹⁰. Сам Р. Торренс виводив необхідність створення страхового фонду із “принципу неоспорюваності титулу”. Цей останній, однак, сам є помилковим, оскільки передбачає свідоме створення несправедливості від дії системи реєстрації (котру і передбачається “компенсувати” шляхом виплати з фонду грошей постраждалим). Якщо ж система реєстрації прав не передбачає використання “принципу неоспорюваності титулу”, а саме використання системи не призводить невідворотно до несправедливості, то і немає місця “принципу відшкодування шкоди”. Таким чином, торренсівський “принцип відшкодування шкоди”

5 *Torrens R. The South Australian system of conveyancing by registration of title, with instructions for the guidance of parties dealing: illustrated by copies of the books and forms in use in the Lands Titles Office / by Robert R. Torrens; to which is added the South Australian Real Property Act as amended in the sessions of 1858, with a copious index by Henry Gawler. Printed at the Register and Observer General Print. Offices, Adelaide, 1859. vii, 44, 136 p. At p. v-vi.*

6 *Croucher, Rosalind F. Inspired Law Reform or Quick Fix? Or, “Well, Mr Torrens, What Do You Reckon Now?” (2009) 30 (2) Adelaide Law Review 291–327, at p. 304 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/2009/14.html>*

7 Пізніше Р. Торренс визнавав необхідність як мінімум одного виключення — “fraud exception”. См. Попов Ю. Ю. Система регистрации прав Торренса: ее “принципы” и принцип справедливости (готовится к публикации).

8 *Harrison W. N. The Transformation of Torrens’s System into the Torrens System”. 1962, 4 (2) University of Queensland Law Journal, p. 125–132, at p. 130 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UQLJ/1962/1.html>*

9 *Toomey, Elizabeth. Fraud and Forgery in the 1990s: Can our Adherence to Frazer v Walker Survive the Strain? (1994) 5 (3) Canterbury Law Review 424–437. At p. 427.*

10 Докладніше про це див. Попов Ю. Ю., зноска 7.

зовсім не є принципом системи реєстрації прав взагалі. До того ж складність доступу до страхового фонду у більшості юрисдикцій спростовує судження, ніби відшкодування із страхового фонду є “принципом” системи титулів, створюваних реєстрацією¹¹, принаймні на практиці, навіть у юрисдикціях, прихильних до системи Торренса.

Недолік, який полягає в тому, що у низці практично важливих випадків система реєстрації прав може призводити до несправедливих результатів, притаманний багатьом правопорядкам, що тяжіють до системи Торренса і “принципу незалежності титулу”. Сучасне Р. Торренсу англійське право у сфері обороту нерухомості не знало правил про добросовісне набуття майна, вільне від невідомих добросовісному набувачу чужих прав и обтяжень. Не зміг винайти їх і Р. Торренс.

Замість цього він запропонував ідею незалежності титулу, реанімувавши тим самим середньовічний феодалний підхід. Цей підхід полягав в уявленні про те, що єдиним або “верховним” власником землі є держава (корона), котра може наділяти підданих правами на землю й позбавляти цих прав. Ідея Р. Торренса полягала в тому, що замість передачі титулу від одного правовласника до іншого застосовується повернення титулу короні, а остання, у свою чергу, наділяє цим титулом набувача¹² шляхом реєстрації титулу¹³. Таким чином, на думку Р. Торренса, за допомогою реєстрації набувач отримує “чистий титул” (*fresh title*), гарантований державою, безпосередньо від корони. Від цього він, по-перше, створюється реєстрацією (а не реєструється вже існуючий), а по-друге, є незалежним від попередньої історії землі. З ідеї “чистого титулу” автоматично, з необхідністю випливає (*follows of necessity as a corollary*) принцип неоспорюваності права, створеного реєстрацією (*indefeasibility of the title*)¹⁴: оскільки титул набутий безпосередньо від корони, то передісторія значення не має. Звідси випливає і неможливість існування незареєстрованих прав. Звідси випливає і “дзеркальний принцип” (*mirror principle*) — реєстр цілком точно відображає всі права на землю, а права, не відображені у реєстрі, не існують. Звідси випливає також і “принцип завіси” (*curtain principle*) — ніхто не повинен звертатися до відомостей про права на нерухомість поза реєстром, адже таких відомостей поза реєстром бути не може.

Підміна принципу справедливості¹⁵ “принципом незалежності титулу”, “принципом неоспорюваності титулу” та іншими “принципами”, які випливають із “принципу незалежності титулу”, призводить до того, що захист отримує не тільки

11 Stein R., fn 4, at p. 274.

12 Цікаво, що до часу розробки Р. Торренсом його ідей згаданий феодалний підхід було давно подолано в Англії як середньовічний пережиток, що призводив до несправедливих результатів.

13 Так зване створення титулу реєстрацією (*title by registration*), котре протиставляється реєстрації [уже виниклих] прав (*registration of title*).

14 Torrens R. *The South Australian...*, fn 5, at p. 9.

15 Саме із принципу справедливості за сучасними уявленнями і випливає правило про добросовісне набуття майна.

добросовісний набувач, але й недобросовісний теж. З цієї причини у першій же редакції закону, прийнятого під впливом ідей Р. Торренса (Закон Південної Австралії про нерухоме майно 1858 року), було передбачено винятки зі згаданих “принципів”, спрямовані, передусім, проти набуття прав у результаті шахрайства або помилки реєстратора. Цих винятків, природно, було недостатньо для виключення всіх можливих випадків несправедливості. У зв'язку з цим список винятків розширювався доповненнями до закону¹⁶. Зрозуміло, що всі конкретні прояви недобросовісності набувача неможливо перелічити в законі як винятки з торренсівських “принципів”. У зв'язку з цим у правовпорядках, які зберігають прихильність до цих “принципів”, зберігається і проблема несправедливості закону.

Іще раз підкреслимо, що ця дуже серйозна проблема є прямим наслідком спроб імплементації торренсівського “принципу незалежності титулу”. Вона зовсім не впливає з переваг системи реєстрації прав загалом, котра цього “принципу” насправді не потребує.

Не потребує вона й інших “принципів”, як сформульованих Р. Торренсом, так і виведених із них пізнішими авторами. До того ж, судячи з усього, у жодній юрисдикції (включаючи австралійські) ці “принципи” насправді послідовно не втілені, незважаючи на прихильність до них частини законодавців (особливо австралійських).

Ще одним недоліком, і притому дуже суттєвим, часто є зайве невиниправдане втручання держави у приватні справи. Так, у країнах, де діє система реєстрації прав, на реєстратора, нотаріуса може покладатись обов'язок перевірки законності правочинів, вчинених сторонами з нерухомістю. При цьому успішність такої перевірки є умовою реєстрації (тобто умовою оголошення передачі права стосовно нерухомості). Саме такий підхід застосовується, зокрема, у праві України. Хотілось би особливо підкреслити, дещо забігаючи наперед, що і цей недолік, на мій погляд, не обумовлений перевагами системи реєстрації прав, у зв'язку з чим його необхідно виправити.

Специфіка обороту нерухомого майна за наявності системи реєстрації прав – книжкове володіння

Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно є їх оголошенням¹⁷. Оскільки це оголошення підпадає під визначення поняття володіння¹⁸ —

¹⁶ Harrison W.N., *fn* 8, at p. 130.

¹⁷ А не офіційним визнанням і підтвердженням державою певних фактів, як це наразі зазначено у ст. 2 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”. Мірошниченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: віндикування, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. — 2012. — № 16 (3”2012). — С. 1–24, на с. 9, зноска 14. <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/viewFile/275/296>

¹⁸ Там само, на с. 8.

адресоване невизначеному колу осіб (або, що те ж саме, всім особам) волевиявлення щодо присвоєння речі,— то воно і є володінням. Цей різновид володіння часто називають “книжковим” володінням. Воно протиставляється володінню “фізичному”, яке може здійснюватися шляхом користування річчю, знаходження речі в господарстві власника, господарського панування над річчю тощо.

Специфіка обороту нерухомого майна за наявності системи реєстрації прав обумовлюється, перш за все, саме специфікою книжкового володіння.

Специфіка регулювання з приводу нерухомості загалом (включаючи “статичну” права власності) може обумовлюватись і характером нерухомих речей. Наприклад, складно уявити суперфіцій щодо рухомої речі. Тут, однак, ми зосередимось лише на специфіці “динаміки”, тобто обороту нерухомого майна. Втім, і на специфіку обороту в окремих випадках може справляти вплив характер нерухомості, її властивості, відмінні від властивостей рухомості. Наприклад, така властивість земельних ділянок, як наявність у них меж, чіткі положення на місцевості не завжди легко визначити, може призводити до ненавмисного переміщення меж (межових знаків, парканів сусідніх ділянок тощо). У тому числі можливе і каскадне переміщення, за якого межі багатьох земельних ділянок, розташованих одна за одною, переміщені на однакову відстань у порівнянні з “юридичними” межами. Можливе і помилкове вклинювання частин будівель у чужі ділянки, про що сусіди можуть тривалий час і не підозрювати. Для врахування цих особливостей у подібних випадках може встановлюватись спеціальне регулювання, зокрема в частині обороту — набуття прав на землю, наприклад, встановлення сервітуту щодо добросовісно зайнятої частини земельної ділянки. Разом із тим вплив подібних особливостей не є таким загальним, як вплив наявності книжкового володіння.

Специфіка ж книжкового володіння полягає в тому, що і саме володіння, і передача володіння неможливі без участі реєстратора. Участь ця полягає в тому, що не сам володілець (як у випадку фізичного володіння) оголошує своє право на майно, а за нього це робить реєстратор. Передача володіння полягає в тому, що реєстратор оголошує право на майно за новою особою, від чого вона і стає книжковим володільцем, а попередній володілець втрачає володіння.

Таким чином, реєстратор є законним представником особи, чіткі волевиявлення формується за участі реєстратора. Оскільки це волевиявлення імовірного правовласника формується неодмінно за участі реєстратора, виникають додаткові ризики невідповідності “справжньої волі”¹⁹ та волевиявлення²⁰. Наприклад, можливе помилкове оголошення прав за особою, котра взагалі до реєстратора не зверталась і не мала “справжньої волі” до оголошення за собою

19 Мається на увазі воля, що формується, так би мовити, “звичайним” представником особи — наприклад керівником юридичної особи або людиною, однойменною дієздатній фізичній особі.

20 Втім, така невідповідність спостерігається і у багатьох інших випадках участі представника, в тому числі і діючого належним чином законного представника — наприклад державного виконавця у виконавчому провадженні, арбітражного управляючого у процедурі банкрутства.

права. Це, втім, не впливає на кваліфікацію оголошення права як волевиявлення особи, за якою його оголошено: волевиявлення представника є волевиявленням представляваного.

Очевидною перевагою системи реєстрації прав є стовідсоткова достовірність інформації про книжкових володільців прав на нерухомість і про характер цих прав. Цю перевагу важно переоцінити.

Звісно, реєстр не дає впевненості в тому, що особи, за якими оголошено право власності або інше право на нерухомість, дійсно є суб'єктами цих прав. Справжнім титулом насправді може бути не той, що його показано в реєстрі²¹. Не кожна особа, що має запис про право, насправді це право має, адже запис може бути внесено безпідставно²². Можливі різноманітні помилки, упущення або навіть зловмисні діяння як з боку реєстратора, так і з боку зацікавлених осіб. Через це в реєстрі можуть оголошуватись права за особами, які насправді не є їх суб'єктами. Проте сам факт оголошення тих чи інших прав у реєстрі означає, що ці особи є володільцями оголошених за ними прав²³ (книжкове володіння) — незалежно від того, чи належать їм ці права насправді. Звідси й випливає стовідсоткова достовірність реєстру стосовно книжкових володільців прав.

Гадаю, що мету забезпечити стовідсотковий збіг книжкових володільців прав та їх суб'єктів ("дзеркальний принцип") не слід розглядати навіть як якийсь ідеал (хоча б і недосяжний, але до якого потрібно прагнути). Не варто забувати, що реєстрація не є самоціллю, а є лише засобом, який має слугувати інтересам власників та третіх осіб. Відтак і відповідність відомостей з реєстру дійсному стану речей не є фетишем чи іконою, на яку слід молитися. Якщо невідповідність відомостей з реєстру дійсному стану речей може зашкодити лише особі, якій належить право, і яка не потурбувалась про його оголошення у реєстрі, то така невідповідність нікого не обходить²⁴.

Більше того, вбачається, що забезпечити стовідсотковий збіг книжкових володільців прав та їх суб'єктів неможливо без шкоди для справедливого регулювання²⁵. Причина проста: "дзеркальний принцип" є наслідком "принципу незалежності титулу", який сам є джерелом несправедливості. Тому "дзеркальний принцип" настільки ж шкідливий, як і "принцип незалежності титулу", і

21 Stein R., *fn 4*, at p. 272.

22 Ріпенко А.І. Питання захисту речових прав на земельні ділянки в останніх актах судової практики // *Право і громадянське суспільство*. — 2013. — № 4. — С. 49–63, на с. 53–54. http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/4-5-2013/item/download/60_97bb60498f8c971b043be88c2334b832.

23 "Якщо усвідомлювати, що у реєстрі зазначається не власник (інші особи, яким належать оголошені права), а презюмований власник (інші особи, належність яким оголошених прав презюмується), то можна зробити висновок, що реєстр зі стовідсотковою достовірністю відображає відомості про володільця (володільців щодо інших прав, відмінних від права власності)". Мірошниченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І., зноска 17, на с. 10–11.

24 Мірошниченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І., зноска 17, на с. 10.

25 Імовірно, і засновник системи Торренс з часом прийшов до розуміння цього. Див. Попов Ю.Ю., зноска 7.

від нього також необхідно відмовитись. Недаремно в сучасних правопорядках, попри всі спроби апологетів системи Торренса, “дзеркальний принцип” (втім, як і інші торренсівські “принципи”) послідовно не втілено, а література пістрявіє наріканнями на те, що “дзеркало” криве і геть укрите тріщинами²⁶.

За наявності ж у праві дієвих правил, що захищають *добросовісного* набувача, для третіх осіб неважливо, наскільки вірні відомості з реєстру. Кожен вправі покладались на видимість наявності права власності, котру забезпечує володіння. Те саме стосується й інших речових прав (наприклад, сервітут, емфітевзис): якщо набувач добросовісно набуває право від особи, яка за зовнішніми ознаками вправі встановлювати його для набувача або передавати його, то та обставина, що насправді особа не вправі була це робити, не повинна мати значення. Вбачається, що *сьогодні* такими правилами цілком можуть бути відомі і поширені у світі загальні правила про добросовісне набуття прав, завдяки яким ті права, про які набувач не знав и не мав знати, не можуть бути протиставлені такому набувачу. У країнах загального права ці правила відповідають розробленій у праві справедливості доктрині *constructive notice*.

Треба сказати, що саме таких загальних правил і бракувало системі Торренса від самого початку. Більше того, і в теперішній час у юрисдикціях, де застосовується система Торренса, спостерігається певне протистояння законодавчої і судової гілок влади з цього приводу²⁷. Законодавці нерідко прагнуть законом “скасувати” і доктрину *constructive notice*, і навіть доктрину *actual notice* (що забороняє набуття “чистого титулу”, якщо набувач був завідомо обізнаний про чужі права). Таке прагнення законодавців пов’язане із прихильністю до торренсівського “принципу неоспорюваності титулу”. Судова ж влада прагне забезпечити справедливість, для чого потрібна доктрина *constructive notice*. У результаті спостерігається те, що суддя Верховного суду австралійського штату Квінсленд Atkinson описав як “тертя між тектонічними плитами закону і права справедливості”²⁸ (що розвивається судами).

Вбачається, що законодавцям України та інших пострадянських країн слід винести урок із цього. Необхідно відмовитись від “принципу незалежності титулу”, “принципу неоспорюваності титулу”, “дзеркального принципу” (включаючи гарантування державою достовірності відомостей із реєстру і створення титулу реєстрацією), “принципу завіси”, “принципу відшкодування шкоди” й усіх інших торренсівських “принципів”. Ці принципи не тільки не обумовлені специфікою книжкового володіння, але й шкідливі.

26 See for instance Barnett, Katy, *The Mirror of Title Crack’d from Side to Side? The Amazing Half-Life of the Equitable Mortgage*; U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 330. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1126922>; Sanduni Jayanetti, *Land Law Cracks on the Mirror*. https://www.academia.edu/6332266/LAND_LAW_CRACKS_ON_THE_MIRROR; Walsh, Emily, *The monster in the mirror*. http://www.isurv.com/site/scripts/documents_info.aspx?documentID=7295

27 Попов Ю.Ю., зноска 7.

28 *Tara Shire Council v Garner & Ors* [2002] QCA 232, at p. 24. <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/2002/QCA02-232.pdf>

Як уже було сказано вище, специфіка обороту нерухомого майна за наявності системи реєстрації прав в основному визначається специфікою книжкового володіння. Звідси випливає, що при встановленні регулювання слід підходити до врахування цієї специфіки як до необхідного і достатнього (якщо немає підстав для врахування властивостей нерухомості). Необхідність врахування специфіки книжкового володіння полягає в тому, що ця специфіка повинна бути врахована, а достатність — в тому, що немає потреби винаходити зайві особливості регулювання.

Тому необхідно виключити безпідставні особливості регулювання, не обумовлені специфікою книжкового володіння або властивостями нерухомості²⁹. Вбачається, за такого підходу оборот нерухомості можна суттєво спростити, прискорити і здешевити, наблизивши його за цими параметрами до обороту рухомості.

Торренсівські “принципи” в законодавстві України

Наріжним каменем системи Торренса є “принцип незалежності титулу”. Можна навіть сказати, що він є єдиним — оскільки з нього виводиться і “принцип неоспорюваності титулу”, і всі інші торренсівські “принципи”.

“Принцип незалежності титулу” не сприйнятий законодавством України. Тому українська система реєстрації прав не належить до системи Торренса. Судження, що подекуди зустрічаються, ніби ця система адаптована у пострадянських країнах³⁰, не відповідає дійсності, принаймні що стосується України.

Оскільки “принцип незалежності титулу” (як би до нього не ставились) не застосовується в законодавстві України, відсутні підстави і для використання всіх інших торренсівських “принципів”, позаяк усі вони є вторинними щодо “принципу незалежності титулу”.

Водночас у законодавстві України простежуються певні обривки підходів, що застосовуються в системі Торренса. Вони не мають системного характеру і не свідчать про наявність продуманої концепції регулювання або про переосмислення системи Торренса стосовно українських потреб, а подекуди свідчать швидше про недостатнє розуміння суті цієї системи.

Так, у первинній редакції Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” від 01.07.2004 № 1952-IV було передбачене створення гарантійного фонду. Водночас згідно з ч. 3, 5 ст. 31 цього Закону гарантійний фонд мав утворюватися для відшкодування збитків, завданих з вини органу державної реєстрації прав, а виплачені з цього фонду

29 Втім, деякі розбіжності в регулюванні обороту рухомості й нерухомості, не обумовлені зазначеними специфікою або властивостями, можуть бути встановлені, але не тому, що вони виростають звідкись із глибини права, а з міркувань доцільності. Наприклад, строк набуття за давністю може бути різним.

30 See for instance Croucher, Rosalind F., fn 6, at p. 327.

кошти мали стягуватись у порядку регресу з посадових осіб, винних у заподіянні збитків. Таким чином, мета створення фонду була зовсім не та, що переслідується у межах системи Торренса, — відшкодування шкоди, завданої дією самої системи, а не людського фактору. Втім, ці норми давно скасовано, а в чинній редакції Закону створення страхового фонду не передбачено, що слід оцінити позитивно.

У ч. 2 ст. 3 чинної редакції Закону сказано: “Держава гарантує достовірність зареєстрованих прав на нерухоме майно та їх обтяжень”. Це очевидна ремінісценція, що відсилає до “дзеркального принципу”. Але за відсутності правила про неоспорюваність титулу це положення, зрозуміло, лишається хіба що певним побажанням. Таким чином, це положення не створює регулювання, зате цілком здатне ввести в оману невідготовленого читача.

Нарешті, є спроби імплементації в законодавстві “створення права реєстрацією”, на яких варто зупинитися детальніше.

Цивільний кодекс України встановлює загальне правило про виникнення права власності у набувача за договором із моменту передачі майна³¹. Це правило, однак, діє сьогодні тільки щодо рухомого майна. Водночас не вбачається жодних причин зберігати діюче в українському законодавстві³² спеціальне правило про виникнення права власності на нерухомість лише з моменту його державної реєстрації (створення титулу реєстрацією). Цей підхід (як і всі торренсівські “принципи”) не впливає зі специфіки книжкового володіння. Тому його бажано скасувати. Нехай сторони самі вирішують, у який момент переходить право власності (якщо вони не хочуть, щоб воно перейшло одночасно з передачею володіння). Тоді, до речі, щодо нерухомості буде можливий правочин під умовою або можна буде поставити перехід права власності у залежність від сплати покупної ціни (що зараз неможливо). У цих випадках набувачеві буде легше і захистити своє право: замість того, щоби вимагати виконання зобов’язання щодо передачі у власність проданого майна, він заявлятиме віндикаційний позов, спираючись на своє право власності, що виникло у зв’язку з настанням умови або у зв’язку зі здійсненням ним оплати. Не вбачається причин і для прив’язки виникнення інших речових прав на нерухомість до моменту їх реєстрації.

У зв’язку з цим слід нагадати, що хоча на думку Р. Торренса всі права на землю повинні реєструватися в реєстрі і виникати лише внаслідок реєстрації

31 ч. 1 ст. 334 Цивільного кодексу України: 1. Право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передавання майна, якщо інше не встановлено договором або законом.

32 ч. 4 ст. 334 Цивільного кодексу України: 4. Права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону.

ст. 125 Земельного кодексу України: Право власності на земельну ділянку, а також право постійного користування та право оренди земельної ділянки виникають з моменту державної реєстрації цих прав.

ч. 3 ст. 3 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”: 3. Права на нерухоме майно та їх обтяження, які підлягають державній реєстрації відповідно до цього Закону, виникають з моменту такої реєстрації.

(створюватися реєстрацією), цей підхід, мабуть, не було реалізовано ніде. І це притому, що, наскільки можна судити, законодавці британських колоній в Австралії, та й інших юрисдикцій, що тяжіють до системи Торренса, саме такий підхід бажали встановити законом. Суди ж у багатьох випадках віддавали перевагу тій точці зору, що принципи права справедливості потрібно зберегти заради справедливого правосуддя. В результаті суди визнають існування різноманітних незареєстрованих прав за правом справедливості, включаючи право власності за правом справедливості (*equitable ownership*)³³.

Таким чином, тепер Україна в цьому питанні виявилась “святішою за Папу Римського” — навіть на батьківщині системи Торренса правило про виникнення права лише внаслідок реєстрації не дотримується. Оскільки це правило не впливає зі специфіки книжкового володіння і безпідставно обмежує оборот, його слід скасувати.

Разом із тим слід подбати про захист добросовісного (и тільки добросовісного) набувача. Загальні правила законодавства України про оборот майна (як рухомого, так і нерухомого) явно потребують удосконалення з метою безумовного захисту добросовісного набувача як права власності, так і інших речових прав³⁴. Вбачається, що набувач повинен набувати речове право на майно в усіх тих випадках, коли він діяв добросовісно, причому відповідно до сьогоднішніх уявлень про справедливість — вільним від прав інших осіб, про яких він не знав и не мав знати³⁵.

Втручання держави у приватні справи, не обумовлене специфікою книжкового володіння

Такий недолік, як необхідність проводити аналіз правочинів із нерухомістю, може бути присутнім в обох системах реєстрації. Щоправда, і суб'єкти аналізу, і характер аналізу різні. У випадку реєстрації правочинів аналіз планованого і попередніх правочинів змушена проводити зацікавлена особа — набувач. У випадку ж реєстрації прав аналіз планованого правочину може проводити реєстратор або нотаріус. При цьому у разі реєстрації правочинів необхідність проводити аналіз правочинів набувачем є прямим наслідком

33 Mohamad, Nor Asiah and Mubarak Ali, Bashiran Begum (2007) *Prospect and challenges of land development: challenges of the Malaysian torrens system in the 21st century*. In: *Seminar on Southern Johor Development: Prospects and Challenges in the 21st Century*, 28th June 2007, The M-Suites Johor Bahru. (Unpublished). At p. 4. http://irep.iium.edu.my/25490/1/Challenges_of_the_Malaysian_Torrens_System.pdf

34 Сьогодні правила про захист добросовісного набувача речових прав, відмінних від права власності, в законодавстві України відсутні зовсім.

35 Разом із тим необхідно подбати про те, щоб було неможливе так зване “коло” в ланцюжку пріоритетів. Приклад такого кола: майно закладене тричі; другий за часом заставодержатель знав про першу заставу, а третій не знав і не мав знати, але знав про другого; тоді виходячи з добросовісності набуття пріоритет першого повинен бути вищим, ніж у другого, але нижче, ніж у третього, однак при цьому пріоритет другого повинен бути вищим, ніж у третього.

обраного підходу, вона обумовлена цим підходом и не тягне за собою втручання держави у приватні справи. У випадку ж реєстрації прав аналіз правочину реєстратором (нотаріусом) виглядає швидше анахронізмом, що зберігся від дореєстраційної епохи.

Так, сьогодні за правом України реєстратор прав на земельні ділянки зобов'язаний перевіряти документи, подані заявниками, і робити власні висновки щодо дійсності чи недійсності правочинів, щодо характеру прав, які можуть бути встановлені, причому такі висновки можуть не збігатися з думкою заявника чи навіть обох сторін правочину, втіленого у документі³⁶. До кола повноважень державного реєстратора входить дослідження документів на предмет їх відповідності вимогам законодавства, визначення факту виникнення в заявника речового права на нерухоме майно або ж його обтяження, а також встановлення відсутності суперечностей між заявленими та вже зареєстрованими правами на нерухоме майно³⁷. Наявність таких повноважень є ні чим іншим, як безпідставним втручанням держави у приватні справи.

Розгляньмо приклад, що ілюструє шкоду, яка впливає з такого втручання держави у сфері реєстрації прав.

Акціонерне товариство провело загальні збори. Після бурхливого багаточасового обговорення пізно увечері акціонери звільнили голову правління й обрали нового.

Тим не менше зранку наступного дня колишній голова правління й акціонер, який голосував учора проти його звільнення, пішли до нотаріуса, котрий посвідчив договір купівлі-продажу земельної ділянки акціонерного товариства і зареєстрував право власності акціонера на цю ділянку³⁸. При цьому нотаріус виконав свою роботу добросовісно. Зокрема, він перевіряв реєстр юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців і переконався, що (колишній уже, як ми знаємо) голова правління значиться в цьому реєстрі як голова правління, який може одноосібно укладати угоди від імені товариства³⁹.

Через деякий час новий голова правління дізнався про це неподобство і звернувся до покупця землі з вимогою її повернути по-доброму. Новий голова правління попередив покупця, що в іншому випадку не тільки звернеться до суду з віндикаційним позовом, але й вимагатиме відкриття кримінальної справи.

36 Мірошніченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І., зноска 17, на с. 9.

37 Роз'яснення Міністерства юстиції України від 07.07.2012 р. "Державний реєстратор прав на нерухоме майно як суб'єкт встановлення юридичних фактів у цивільному праві" (автор — Д. С. Спесивцев). http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/find:%D0%A1%D0%BF%D1%94%D1%81%D1%96%D0%B2%D1%86%D0%B5%D0%B2/MUS18353.html

38 Згідно з законодавством України нотаріуси і посвідчують правочини щодо нерухомості, і провадять реєстрацію переходу права власності на підставі таких правочинів (абз. 3 ч. 5 ст. 3 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень").

39 У нового голови правління просто не було можливості за такий короткий строк оновити відомості в цьому реєстрі.

Покупець, після тривалих роздумів і порадившись із юристами, погодився повернути землю добром.

Таким чином, сторони дійшли згоди про те, що покупець (акціонер) повертає, а продавець (акціонерне товариство) приймає землю. З'ясовується, однак, що виконати цю домовленість відповідно до правової природи відносин неможливо — саме через втручання держави у приватні справи.

Дійсно, договір купівлі-продажу землі не можна вважати укладеним, адже від імені продавця діяв той, хто не був уповноважений на це, — колишній голова правління, причому покупець був у цьому прекрасно обізнаний⁴⁰. Таким чином, зобов'язальний правочин відсутній. Крім того, і передачу володіння здійснено за відсутності волі й волевиявлення продавця (товариства) в особі уповноваженого представника (нового голови правління) як на передачу володіння, так і на перенесення права власності. Отже, власником землі залишилось товариство, а оголошення права власності за акціонером означає незаконне володіння ним чужою землею. Звідси випливає, що акціонер зобов'язаний повернути володіння товариству, причому обидві сторони згодні в цьому.

Разом із тим зробити це сторонам, швидше за все, не вдасться. Легко спрогнозувати, що навіть надання нотаріусу документів, що підтверджують відсутність у колишнього голови правління повноважень на укладення договору купівлі-продажу, не спонукає нотаріуса на реєстрацію права власності на землю за товариством: нотаріус не захоче займатися правовою оцінкою обставин і брати тим самим на себе відповідальність. Нотаріус, довіряючи відомостям із реєстру, вважатиме акціонера власником землі, а будучи зобов'язаний перевіряти законність дій сторін, вимагатиме або нового договору, що передбачає обов'язок акціонера передати право власності на землю товариству (купівлі-продажу, міни тощо), або договору про розірвання договору купівлі-продажу. Інакше кажучи, нотаріус вимагатиме від сторін укладення фіктивного договору.

Зрозуміло, що подібні приклади можна продовжувати. Така безглузда ситуація виникає завжди, коли з тих чи інших причин нерухомість виявляється зареєстрованою за особою, яка не є власником. Те саме спостерігається у випадку, коли нерухомість зареєстровано за власником, але він зобов'язаний передати її іншій особі за відсутності зобов'язального правочину⁴¹.

Проілюструємо останній випадок прикладом.

40 Згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 92 ЦК України "У відносинах із третіми особами обмеження повноважень щодо представництва юридичної особи не має юридичної сили, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала чи за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження".

41 Те саме можна сказати і у випадку, коли йдеться не про право власності, а про інше право, що підлягає реєстрації.

За договором міни земельної ділянки на автомобіль (інше індивідуально визначене майно) одна сторона передала свою земельну ділянку у власність другої сторони, а друга не встигла виконати свій обов'язок, коли її автомобіль випадково згорів. За таких обставин зобов'язання припиняється неможливістю виконання в силу закону⁴², а друга сторона зобов'язана повернути земельну ділянку, власником і володільцем якої є, у зв'язку з відпадінням підстави набуття⁴³. Водночас у цьому випадку, якщо сторони дійдуть згоди в тому, що друга сторона повинна повернути право власності і книжкове володіння землею, зробити це, не вдаючись до фіктивного договору, їм буде нелегко.

Наведені приклади ілюструють досить дивну ситуацію: обидві сторони бажають передати володіння землею, але держава заважає їм це зробити. Замість цього держава нав'язує свій контроль над правомірністю дій сторін, який не тільки є дорогим, потребує часу і створює корупційні ризики. Він до того ж, як ми бачили, призводить до результату, прямо протилежного тому, якого нібито бажали досягти. Замість забезпечення правомірності поведінки сторін державне втручання у приватні справи перешкоджає відновленню законного володіння і підштовхує сторони до укладення фіктивних правочинів. Це гнітючий результат.

Виникає запитання: чому сторони можуть передати одна одній володіння рухомою річчю за загальним правилом без жодного контролю з боку держави, але не можуть зробити те саме щодо нерухомого майна? Наявність такого контролю не впливає зі специфіки книжкового володіння, а тому виглядає безпідставною.

Звідси випливає, що контроль над правомірністю володіння необхідний лише тоді, коли реєстрація права за однією особою може спричинити порушення прав інших осіб проти їхньої волі. Зокрема, такий контроль необхідний при первинній реєстрації права власності на нерухомість. Саме при первинній реєстрації високий ризик реєстрації права власності за невласником, причому про таку реєстрацію власник може не знати. Коли ж право власності на нерухомість вже зареєстроване, тобто виникло книжкове володіння, не вбачається причин, із яких державі слід було би в усіх випадках контролювати правомірність передачі володіння по волі власника. Разом із тим шкода від цього контролю, як ми переконались вище, дуже велика.

Зі сказаного напрошується висновок, що скасування контролю держави над правомірністю передачі володіння нерухомістю (тобто володіння правом влас-

⁴² ч. 1 ст. 607 Цивільного кодексу України: 1. Зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає.

⁴³ ч. 1 ст. 1212 Цивільного кодексу України: 1. Особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала.

ності на нерухомість) було б вельми корисним для обороту. Це саме судження справедливе і для передачі володіння іншими правами на нерухомість, а також для встановлення власником інших прав третіх осіб на нерухомість (сервітут, емфітевзис тощо). Винятки можливі лише тоді й настільки, коли й наскільки потрібне врахування інтересів третіх осіб.

Уявляється, що для досягнення цієї мети, по-перше, слід скасувати обов'язкове нотаріальне посвідчення зобов'язальних правочинів із нерухомістю, як і будь-який інший контроль над їх правомірністю. По-друге, потрібно також скасувати обов'язковість надання таких угод реєстратору — якщо їх ніхто не перевіряє, то в цьому немає необхідності (тим більше, як зазначено вище, зобов'язального правочину може не бути взагалі, якщо обов'язок передачі володіння випливає із закону). По-третє, слід скасувати тотальний контроль над правомірністю передачі книжкового володіння, а також установа речових прав (зберігши контроль лише в тій мірі, в якій передача володіння або встановлення речових прав може порушувати інтереси третіх осіб — зокрема, у разі накладення арешту в інтересах третьої особи).

Розгляньмо, як це може працювати, на прикладі передачі володіння землею.

Сторони звертаються до реєстратора (котрим може виступати, зокрема, і нотаріус, і менш кваліфікований працівник) із заявою про те, що одна сторона передає, а інша приймає володіння правом власності на землю. Якщо сторони при цьому не подали зобов'язальний договір (купівлі-продажу, міни тощо), то і не треба. Якщо дали договір, то реєстратор, не читаючи, відсканує його (для кращого збереження) і покладе до папки для зберігання. Реєстратор встановить особи заявників і перевірить лише, чи є перша сторона за даними реєстру власником землі і чи немає перешкод для передачі права власності на землю (зокрема, чи не накладено арешт на користь третьої особи). За відсутності таких перешкод реєстратор реєструє право власності за другою стороною (не вдаючись ні в підставу переходу права власності, ні в те, чи дійсно передача володіння супроводжуватиметься переходом права власності)⁴⁴.

Вигоди від такого підходу досить очевидні. Мінімальне втручання держави у приватні справи мінімізує і корупційні ризики (можливість оцінювати “законність” — чудова можливість для корупції⁴⁵), усуваються штучні перешкоди в обороті нерухомості. Зокрема, відпадає необхідність у дорогих послугах нотаріуса щодо посвідчення правочинів. Це, в свою чергу, дозволить наділяти повноваженнями реєстратора людей, до яких не висуюються високі ква-

44 При цьому за бажанням сторін, природно, договір може бути нотаріально посвідчено. Можливо, саме для таких випадків доцільно передбачити і контроль відповідності реєстраційної дії змісту зобов'язального договору, якщо вже сторони звернулись до нотаріуса за перевіркою правомірності їхніх дій.

45 Мірошинченко А. М. Напрямки дерегуляції земельних відносин // Актуальні проблеми екологічних, земельних та аграрних правовідносин: теоретико-методологічні й прикладні аспекти: матеріали “круглого столу” (м. Харків, 5 груд. 2015 р.) / за заг. ред. А. П. Гетьмана; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2014. — С. 50–53, на с. 53.

ліфікаційні вимоги, що також здешевить оборот. Звільнення реєстратора від обов'язку проводити аналіз правочинів з нерухомістю виключає відповідальність держави за дефекти такого аналізу (що здешевлює оборот не тільки для сторін, але й для держави теж). Тим самим оборот нерухомості наближується до обороту рухомості за своєю простотою, швидкістю і дешевизною.

Крім того, за такого підходу автоматично вирішується проблема завдатку при продажу нерухомості. Сьогодні рідко купівля-продаж нерухомості між фізичними особами обходиться без укладення “договору завдатку”. В цьому договорі сторони зазвичай зобов'язуються у майбутньому укласти договір купівлі-продажу й посвідчити його нотаріально, при цьому покупець сплачує завдаток — частину купівельної ціни, яку він втрачає, якщо договір не буде укладено з його вини, а продавець зобов'язується повернути завдаток у подвійному розмірі, якщо винним у неукладенні договору виявиться він. Ясно, що такий договір не відповідає закону. Судова практика⁴⁶ виходить із того, що внесення завдатку може мати місце лише в разі наявності зобов'язання, яке повинне було виникати на підставі договорів купівлі-продажу будинку та частин земельних ділянок⁴⁷. Оскільки договір купівлі-продажу ще не укладено, то і завдаток передаватися не може. Не рятує положення й укладення попереднього договору, посвідченого нотаріально: за цим договором не передбачається жодних оплат, тому завдаток неможливий також. Водночас видача завдатку дуже затребувана в цих відносинах. Відповідно ж до пропонованого підходу проблема вирішується легко. Сторони одразу укладуть договір купівлі-продажу (не вдаючись до нотаріального посвідчення), передбачивши в ньому завдаток. Сторона, винна у невиконанні цього зобов'язального договору (яка не сплатила ціну або не передала право власності), відповідно втратить завдаток чи сплатить подвійну суму завдатку.

Видається, що на сьогодні з усіх пострадянських країн лише реформатори у Грузії наважились піти шляхом, близьким до описаного вище⁴⁸. Хоча у Грузії зобов'язальний договір все ж таки повинен бути поданий реєстратору, тим не менше реалізовано ідею необов'язковості нотаріального посвідчення правочинів із нерухомістю. При цьому приблизно у 70% випадків сторони ще вдаються до нотаріального посвідчення договорів, але у 30% випадків — вже ні⁴⁹.

46 Див., наприклад, Постанову Верховного суду України від 13.02.2013 у справі 6-176цс12 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29791300>

47 ч. 1 ст. 50 Цивільного кодексу України: 1. Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторowi боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

48 Втім, є єдиний приклад використання такого підходу в законодавстві України. Відповідно до Закону України “Про іпотеку” на публічних торгах укладається договір купівлі-продажу (жодне нотаріальне посвідчення не вимагається), потім покупець сплачує ціну, після чого державний виконавець складає акт про реалізацію предмета іпотеки, що є підставою для видачі нотаріусом покупцеві свідоцтва про придбання майна з пріоритетних торгів.

49 Ебанодізе Дж. Приватне повідомлення.

Особливості набуття права власності за давністю

Сьогодні за законодавством України для набуття права власності на рухомість за давністю достатньо спливу встановленого законом строку, після чого право власності виникає автоматично в силу закону. Але стосовно нерухомості діють інші правила. Зокрема, для набуття права власності на нерухомість за давністю необхідне рішення суду⁵⁰. Крім того, це право виникає з моменту реєстрації⁵¹. Ці розбіжності в порядку набуття права власності на рухомість і нерухомість за давністю також видаються безпідставними. Цілком можливо застосовувати загальний підхід, котрий використовується щодо рухомості. Притому цей висновок не залежить від того, що слід розуміти під володінням для давності — фізичне володіння чи книжкове. Не відповідаючи в цій статті на поставлене запитання, розберемо обидва підходи окремо.

Якщо виходити з того, що під давнім володінням слід розуміти володіння фізичне, то можливі, у свою чергу, два варіанти. Якщо володільець для давності не фігурує в реєстрі, але зі спливом строку давності набуває право власності в силу закону, він може звернутися до колишнього власника з вимогою передати книжкове володіння, а у випадку відмови — звернутись до суду з віндикаційним позовом. Якщо ж володільець для давності вже фігурує в реєстрі як власник і зі спливом строку давності набуває право власності в силу закону, то до жодних дій новому власнику вдаватись ні до чого.

Якщо ж виходити з того, що під давнім володінням слід розуміти володіння книжкове, то до моменту спливу строку давності й набуття права власності в силу закону книжковий володільець права власності стає і суб'єктом цього права. А тому, знову-таки, ні рішення суду про набуття права власності, ні якихось додаткових записів у реєстрі він не потребує.

Рішення суду застосовується зазвичай у тих правопорядках, де існує можливість набуття права власності за давністю недобросовісним фізичним володільцем, але власнику надається можливість заперечувати проти цього (аж до можливості “ветувати” перехід права в деяких юрисдикціях). У таких правопорядках потрібне фактичне (тобто фізичне) володіння і наявність *animus possidendi*, а право не потребує добросовісності⁵². Цей підхід використовується в низці юрисдикцій США⁵³ і Канади. При цьому можуть

50 ч. 4 ст. 344 Цивільного кодексу України: 4. Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби, цінні папери набувається за рішенням суду.

51 Абз. 3 ч. 1 ст. 344 Цивільного кодексу України: Право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації.

52 O'Connor, Pamela. *The Private Taking of Land: Adverse Possession, Encroachment by Buildings and Improvement Under a Mistake* (2006) 33 (1) *University of Western Australia Law Review* 31–62, at p. 38. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/2006/3.pdf>

53 Існує думка (котру, втім, не всі поділяють), що судова практика в США все-таки схиляється до недопущення набуття права власності за давністю недобросовісним набувачем. Див. O'Connor, Pamela, *fn* 52, at p. 39.

застосовуватися правила, які полегшують набуття права власності добросовісному володільцю: такі, наприклад, як скорочення строку набувальної давності, зменшення тягара доказування тощо⁵⁴. Втім, доцільність підходу, що дозволяє набуття права власності недобросовісним фізичним володільцям, викликає сумнів, оскільки він санкціонує неринковий механізм приватної експропріації (*private taking*)⁵⁵ і може сприйматись як узаконена несправедливість. Так, парламентський комітет австралійського штату Вікторія зауважив високий накал емоцій у зв'язку з можливістю недобросовісного сусіди, який поставив паркан на чужій землі, ще й отримати вигоду від такої поведінки⁵⁶. Громадське занепокоєння з цього приводу зазначається і в інших юрисдикціях, особливо у зв'язку з подіями, до яких виявляються залученими відомі люди⁵⁷.

У цьому сенсі показовою є історія скасування набуття за давністю права власності недобросовісним володільцем у північноамериканському штаті Колорадо⁵⁸. Каталізатором стала така подія. Власники ділянки землі зайняли частину сусідньої ділянки й використовували її для власних потреб, чудово розуміючи незаконність своєї поведінки. Після спливу встановленого строку для набуття за давністю вони звернулись до суду з позовом про встановлення свого права власності на зайняту ними частину чужої ділянки (і, відповідно, про припинення права власності попередника). Суд задовольнив позов⁵⁹. Позивачами було подружжя: чоловік — колишній суддя і мер міста, дружина — адвокат. Судове рішення викликало великий резонанс у суспільстві й обговорення у місцевій пресі. Громадський осуд був пов'язаний з тим, що позивачі явно усвідомлювали незаконність своїх дій, зокрема, і тому, що один був адвокатом, а інший — колишнім суддею і мером⁶⁰. До того ж протягом усього часу незаконного фізичного володіння позивачі не сплачували податок на зайняту ними землю, котрий платили власники. В результаті тиску громадськості правило про набуття права власності за давністю недобросовісним власником було скасоване Генеральною асамблеєю Колорадо, натомість встановлено вимогу розумної, добросовісної впевненості давнісного володільця

54 *J Dukeminier & JE Krier Property 5th edn (New York: Aspen, 2002) 145–146, 105. Quoted from O'Connor, Pamela, fn 52, footnotes 37, 40 at p. 38.*

55 *O'Connor, Pamela, fn 52, at p. 38.*

56 *O'Connor, Pamela, fn 52, at p. 48.*

57 *O'Connor, Pamela, fn 52, at p. 48.*

58 *Brown, Carol Necole and Williams, Serena Maria, Rethinking Adverse Possession: An Essay on Ownership and Possession (September 29, 2010). Syracuse Law Review, Vol. 60, No. 3, 2010; Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 10–33. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1684712>*

59 *McLean and Stevens v. DK Trust and Kirlin, Boulder District Court Case No. 06 CV 982 (filed Oct. 4, 2006).*

60 *Heath Urie, Heath Urie, Ritter Signs Bill Aimed at Judges — Law Would Require Some To Step Down in Cases of Conflict, DAILY CAMERA (Boulder, Colo.), Apr. 15, 2008, at B05. Quoted from Brown, Carol Necole and Williams, Serena Maria, fn 58.*

в тому, що він є “справжнім” власником⁶¹. Ці новели виявились дуже доречними, оскільки незабаром випадки недобросовісного заняття чужої нерухомості почастішали через кризу⁶².

Українське законодавство допускає набуття права власності за давністю лише добросовісним володільцем⁶³. Саме через свою добросовісність володільцеві взагалі не може спастись на думку звернутись до суду, адже він вважає себе власником. Це ще один аргумент на користь судження, що слід установити правило, загальне для набуття за давністю рухомості й нерухомості: право власності виникає зі спливом установленого строку в силу закону.

Право власності на неіснуючу нерухомість

Правило українського законодавця про припинення права власності на знищене нерухоме майно з моменту внесення відповідних змін до реєстру⁶⁴ виглядає зовсім анекдотичним. Майна немає, а право власності на нього є. Зі специфіки книжкового володіння цей дивний результат, зрозуміло, теж не впливає. Можливо, це правило являє собою незграбну спробу нівелювати шкоду від порушення правила *superficies solo cedit* — будівлі на землі належать власникові землі (в надії дати власнику знищеної будівлі можливість знову побудувати її на “чужій” землі). Насправді вірний шлях полягає, звісно ж, у послідовній імплементації правила *superficies solo cedit*⁶⁵, а для спорудження будівель на чужій землі існує суперфіцій. Тож це правило слід скасувати.

В цілому, гадаю, послідовне застосування підходу, який полягає в необхідному і достатньому врахуванні специфіки книжкового володіння, здатне значно вдосконалити регулювання обороту нерухомості.

Висновки

1. Специфіка обороту нерухомого майна за наявності системи реєстрації прав обумовлюється, передусім, специфікою книжкового володіння.

⁶¹ Brown, Carol Necole and Williams, Serena Maria, fn 58.

⁶² З'явилися навіть волонтери, які допомагають бездомним відшукати житло, яке пустує, для його захоплення: John Leland, With Advocates' Help, Squatters Call Foreclosures Home, N. Y. TIMES, Apr. 10, 2009, at A1; Associated Press, Activist Moves Homeless into Foreclosures, MSNBC, Dec. 1, 2008. Quoted from: Brown, Carol Necole and Williams, Serena Maria, fn 58.

⁶³ Абз. 1 ч. 1 ст. 344 Цивільного кодексу України: “1. Особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном — протягом п'яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим Кодексом”. Вбачається, що вказівка на добросовісне заволодіння слід розуміти так, що і подальше володіння повинне бути добросовісним.

⁶⁴ ч. 2 ст. 349 Цивільного кодексу України: 2. У разі знищення майна, права на яке підлягають державній реєстрації, право власності на це майно припиняється з моменту внесення за заявою власника змін до державного реєстру.

⁶⁵ Для чого, зокрема, необхідно встановити належне регулювання відносин щодо кондомініумів та кооперативів.

2. При встановленні регулювання слід підходити до врахування специфіки книжкового володіння як до необхідного і достатнього. Зокрема, необхідно виключити безпідставні особливості регулювання, не обумовлені специфікою книжкового володіння. Тоді оборот нерухомості можна суттєво спростити, прискорити і здешевити, наблизивши його за цими параметрами до обороту рухомості.
3. “Принцип незалежності титулу” і похідні від нього “принцип неоспорюваності титулу”, “дзеркальний принцип” (включаючи гарантування державою достовірності відомостей із реєстру і створення титулу реєстрацією), “принцип завіси”, “принцип відшкодування шкоди” та всі інші торренсівські “принципи” не тільки не обумовлені специфікою книжкового володіння, але й шкідливі. Зокрема, слід скасувати правило про виникнення права власності на нерухомість лише з моменту її державної реєстрації. Тим самим буде досягнуто і більшої універсальності правил про оборот майна.
4. Обов’язковість нотаріального посвідчення правочинів з нерухомістю, як і будь-який інший контроль над їх правомірністю, а також тотальний контроль над правомірністю передачі книжкового володіння правами на нерухомість у системі реєстрації прав шкідливі, їх слід скасувати.
5. Розбіжності в порядку набуття права власності за давністю на рухомість і нерухомість також безпідставні. Особливості регулювання щодо нерухомості доцільно скасувати.
6. Загальні правила про оборот майна (як рухомого, так і нерухомого) потребують удосконалення з метою безумовного захисту добросовісного набувача як права власності, так і інших речових прав.