

Українське комерційне право

*Державна реєстрація речових прав
на нерухоме майно та їх обтяжень*

№14

УКРАЇНСЬКЕ КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО

*Державна реєстрація
речових прав на нерухоме майно
та їх обтяжень*

№14

«УКРАЇНСЬКЕ КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО» – науково-практичне видання
Центру комерційного права.

Цей часопис має сприяти створенню доктрини комерційного права в
Україні, з одного боку, а з іншого, стати практичним посібником для юри-
стів, державних службовців, підприємців – усіх, хто має відношення до під-
приємництва.

Він покликаний акумулювати думки теоретиків, досвід практиків і добру
волю посадовців для розвитку ринкового середовища в Україні.

Цей номер журналу присвячений правовим питанням реєстрації речо-
вих прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Аналізуються проблеми засто-
сування чинної редакції Закону України «Про державну реєстрацію речо-
вих прав на нерухоме майно та їх обтяжень», пропонуються, з урахуванням
історичного та зарубіжного досвіду, різні шляхи удосконалення передбаче-
ного ним механізму реєстрації, а також суміжних правових механізмів
(нотаріального посвідчення договорів з нерухомістю, державної реєстра-
ції земельних ділянок та ін.).

Статті, вміщені до випуску, присвячені, зокрема, місцю речового догово-
ру в механізмі реєстрації речових прав, ідентифікації земельних ділянок як
об'єктів права, співвідношенню реєстрації земельних ділянок та речових
прав на них, різним напрямкам реформування реєстраційної системи
(децентралізації реєстраційної системи, інтеграції реєстрації земельних
ділянок та реєстрації речових прав на нерухоме майно, відмові від правоу-
становлюючого характеру реєстрації, втіленню ідеї про володіння неру-
хомістю як володіння «книжкове» і наближення режиму обороту нерухо-
мості до режиму обороту рухомих речей), зарубіжному досвіду реєстрації
речових прав на нерухомість.

Журнал адресований юристам-практикам, науковцям, державним служ-
бовцям, суддям, студентам і аспірантам юридичних навчальних закладів,
широкому колу громадськості.

*Цей часопис видано за підтримки американського народу через
Агентство США з міжнародного розвитку (USAID). Видання не обов'язково
відображає погляди USAID або уряду США. За зміст несе відповідальність
благодійна організація «Центр комерційного права», яка може не поділяти
позицій авторів щодо висвітлених ними проблем.*

© Центр комерційного права, 2015

ISBN 978-617-7161-20-1



Journal

Ukrainian commercial law

№14, 2015

State Registration of Rights in Rem to Immovable Property and Their Encumbrances

Editorial Board:

Valentyna Danishevskaya,
Yuriy Popov

Scientific Editor:

Professor Anatoliy
Miroshnichenko,
Doctor of Law

Executive Secretary:

Halyna Shevchuk

Proofreading:

Evelina Bondarenko

Please, send your
feedback to:
42-44 Shovkovychna Street,
Kyiv, 01004, Ukraine
Commercial Law Center
Tel.: (044) 490-6575
Fax: (044) 490-6574
E-mail: clc@clc.com.ua
Web-site:
www.commerciallaw.com.ua

Contents

Foreword 2

Maxym Balatsenko

The Role Real Agreement Plays in the Rights in Rem
to Immovable Property Registration System 6

Pavlo Kulynych

Ways to Unify the Land Registration
System of Ukraine 15

Olba Kutsevych

The Problems of Land Parcel Identification
as a Property Units in Ukraine and their
Possible Solutions 22

Roman Marusenko

Reforming the System of Rights in Rem to Immovable
Property Registration: Conclusion or Beginning? 40

Anatoliy Miroshnichenko

Improving Legal Basis for the State Registration
of in Rem Titles to Immovable Property 51

Yuriy Popov

The System of Title Registration: Necessary
and Sufficient Account of Recorded
Possession Specifics 61

Artem Ripenko

The Issue of Reforming the State Registration
Service of Ukraine 83

Charles Szypszak

Property Rights, Public Records,
and Risk of Loss in the United States Real Estate
Recording System 88

Selected National Legislations on State Registration
of Rights in Rem to Immovable Property 111

Науково-практичний
журнал

Українське комерційне право

№ 14, 2015

**Державна
реєстрація речових
прав на нерухоме
майно та їх
обтяжень**

Редакційна рада:

Валентина Данішевська,
Юрій Попов

Науковий редактор:

доктор юридичних наук,
професор
Анатолій Мірошниченко

Відповідальний секретар:

Галина Шевчук

Редактор:

Евеліна Бондаренко

**Відгуки та пропозиції
просимо надсилати за
адресою:**

Україна, 01004, м. Київ, вул.
Шовковична, 42-44

Центр комерційного права

тел.: (044) 490-65-75
факс: (044) 490-65-74

E-mail: clc@clc.com.ua

Web-site:
www.commerciallaw.com.ua

Зміст

Передмова 2

Балаценко М.

Місце речового договору в механізмі
реєстрації речових прав на нерухоме майно 6

Кулинич П.

Як об'єднати земельно-реєстраційну
систему України 15

Куцевич О.

Проблеми ідентифікації земельних ділянок як
об'єкта права в Україні та шляхи їх вирішення ... 22

Марусенко Р.

Реформування системи реєстрації прав на
нерухоме майно: завершення чи початок? 40

Мірошниченко А.

Вдосконалення правового забезпечення державної
реєстрації речових прав на нерухоме майно 51

Попов Ю.

Система реєстрації прав на нерухомість:
необхідний і достатній облік специфіки
книжкового володіння 61

Ріпенко А.

До питання реформування Державної
реєстраційної служби України 83

Charles Szypszak

Property Rights, Public Records, and Risk of Loss
in the United States Real Estate Recording System... 88

Акти законодавства з питань реєстрації
речових прав на нерухоме майно окремих
зарубіжних країн 111

Передмова

Механізм реєстрації речових прав на нерухоме майно у тій чи іншій формі існує в усіх сучасних країнах, виконуючи вкрай важливу для обороту функцію оголошення цих прав невизначеному колу осіб.

Вітчизняну систему реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень було запроваджено в існуючому вигляді порівняно недавно, з 1 січня 2013 року, коли запрацювали правила прийнятого майже за десятиріччя до того Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”. Втім, час, що минув, є достатнім для того, щоб оцінити й існуючі правила про реєстрацію, і практику їх застосування.

Не можна не відзначити деякі позитивні риси запровадженого режиму. Зокрема, зручною для обороту виявилася реєстрація речових прав нотаріусами, які посвідчують правочини щодо нерухомого майна. Хоча процедура реєстрації і в цьому випадку могла би бути набагато простішою (левової частки зусиль нотаріусів потребує формування абсолютно непотрібного, як на мене, пакету копій документів, який необхідно надіслати до органів Державної реєстраційної служби), складається стійке враження, що нотаріуси виконують реєстраційну функцію набагато краще від державних реєстраторів.

Втім, на мій погляд, загалом оцінка існуючого реєстраційного механізму не може бути високою. Вітчизняна система реєстрації прав, на жаль, істотно обмежує оборот нерухомості. Детальне врегулювання реєстраційних відносин, створене в нашій державі, не лише запобігає проявам корупції, але, навпаки, сприяє їм. Реєстрація, яка часто досягається з великими складнощами та витратами, не гарантує стійкості зареєстрованого права.

Потреба у реформуванні механізму державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень сьогодні є практично загальновизнаною. Керівництво Міністерства юстиції озвучує амбітні плани реформування реєстраційного механізму, які значною мірою пов'язуються з ідеєю децентралізації.

З огляду на сказане, питання державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень є дуже актуальним. Існує гостра потреба у фаховій дискусії, результатом якої були б конкретні пропозиції щодо змін у чинному реєстраційному законодавстві. Цей випуск журналу “Українське комерційне право” покликаний надати авторам майданчик для такої дискусії. При цьому з виходом журналу дискусія, звісно, не завершиться, а лише буде започаткована.

Статті, вміщені до випуску, присвячено різним актуальним проблемам правового регулювання відносин у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно.

М. Балаценко досліджує маловідомий українській правовій доктрині (втім, об'єктивно існуючий) феномен речового договору (як договору, спрямованого на передання речового права) з точки зору його місця у реєстраційній системі і доходить висновку про змішування в Україні двох підходів до вирішення питання про перехід речового права на майно — абстрактного та каузального. На думку автора, в Україні щодо нерухомості слід було би послідовно втілити так званий абстрактний підхід, за яким перехід права на річ пов'язувалася б з окремим речовим договором, дійсність якого не залежала б від дійсності (і навіть існування) зобов'язального договору, що є підставою для передачі майна.

У статті **П. Кулинич** розглядаються проблеми цілісності земельно-реєстраційної системи України, яка розглядається автором з точки зору взаємодії двох її компонентів — Державного земельного кадастру та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Автор розглядає різні шляхи вирішення проблеми цілісності: налагодження інформаційного обміну (що вже передбачено чинним законодавством), інституційну інтеграцію, функціональну інтеграцію.

Обґрунтовується думка, за якою саме функціональна інтеграція складових земельно-реєстраційної системи є оптимальним шляхом для України. Така функціональна інтеграція повинна, на думку автора, передбачати виокремлення з числа функцій Державного земельного кадастру функції державної реєстрації земельних ділянок, яку потрібно передати органу влади, що здійснює функції державної реєстрації речових прав на нерухоме майно.

У статті **О. Куцевич** розглядається проблема ідентифікації земельних ділянок як об'єктів права. Ця проблема дуже тісно пов'язана із державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, оскільки речові права та їх обтяження можуть існувати лише щодо ідентифікованого нерухомого майна, а будь-яке нерухоме майно за визначенням пов'язане із землею.

Зараз ідентифікація земельних ділянок здійснюється шляхом їх так званого формування, яке завершується державною реєстрацією земельної ділянки. Державна реєстрація здійснюється в дозвільному порядку, є обтяжливою, тривалою та витратною. При державній реєстрації земельних ділянок виникають численні проблеми, такі як “накладки”, що надзвичайно ускладнюють оборот.

Шляхом вирішення ідентифікованих проблем автор вважає відмову від дозвільного порядку формування земельних ділянок. Держава повинна лише забезпечувати механізм для оприлюднення фахівцями-землевпорядниками у Державному земельному кадастрі описів сформованих земельних ділянок. При цьому повинен забезпечуватися не лише повідомний порядок формування земельної ділянки, але й вільний доступ до інформації про вже сформовані земельні ділянки.

Р. Марусенко присвятив свою статтю найбільш обговорюваним сьогодні проблемам, пов'язаним з реєстрацією речових прав на нерухоме майно. Йдеться,

зокрема, про пропозиції щодо заміни самої моделі реєстраційної системи і, зокрема, про пропозиції щодо децентралізації реєстраційного механізму. Автор доводить, що пропонувані вирішення не завжди корелюють існуючим проблемам реєстраційної системи і є, фактично, “зміними заради змін”. Висловлюються аргументи на користь того, що кардинальна зміна моделі гарантування прав на нерухоме майно сама по собі не є панацеєю та не покращить стан правореалізації у досліджуваній сфері. Стверджується, що вирішення наявних проблем не лише знаходиться у площині вибору концептуальної моделі гарантування прав, але й включає комплекс заходів з удосконалення організаційної структури, системи взаємодії суб'єктів та інших складових.

А. Мірошниченко порівнює основні системи реєстрації прав на нерухомість, що існують у світі. На його думку, в Україні діє своєрідне поєднання типів реєстраційних систем, яке, на жаль, увібрало в себе не найкращі, а найгірші їхні риси. Шляхом покращення існуючої ситуації автор вважає побудову системи реєстрації речових прав в Україні за зразком системи “реєстрації документів”, коли держава лише надає учасникам обороту можливість оголосити свої права, і забезпечує захист добросовісним набувачам, які поклалися на оприлюднене оголошення. У статті обґрунтовується пропозиція, за якою оголошення прав (шляхом оприлюднення відповідних документів) повинні здійснювати нотаріуси.

У своїй статті **Ю. Попов** проводить глибокий аналіз існуючих у світі реєстраційних систем, їхніх переваг та недоліків. На підставі проведеного аналізу автором запропоноване бачення оптимальної реєстраційної системи, яка наблизить оборот нерухомості до обороту рухомих речей, зробивши його максимально дешевим, зручним та динамічним з одночасним забезпеченням розумного ступеню захисту прав. Основою цієї системи має стати те, що наявність запису про право в реєстрі сама по собі повинна складати володіння (“книжкове володіння”), втім, без прив'язки моменту виникнення речового права до моменту реєстрації (моменту виникнення володіння). Повинна бути відсутня і будь-яка перевірка законності підстав передачі володіння при реєстрації — достатнім має бути те, що володіння передає особа, вказана в реєстрі як попередній володілець. Перевірку законності підстав виникнення права потрібно зберегти лише при первинній реєстрації прав. Обов'язкове нотаріальне посвідчення правочинів з нерухомістю слід скасувати, водночас передбачивши посилення захисту добросовісних набувачів.

А. Ріпенко пропонує відмовитися від прив'язки моменту виникнення речових прав на нерухоме майно до моменту їх державної реєстрації. На підтвердження обґрунтованості своєї пропозиції він, зокрема, вказує на те, що і сьогодні ця прив'язка “працює” далеко не в усіх випадках. Крім того, неможливість

передати речові права без участі державних чиновників неминує породжувати корупцію і є перешкодою для обороту. Передача повноважень із реєстрації речових прав на нерухоме майно на місцевий рівень (ідея, яка досить активно обговорюється останнім часом) може бути корисною, втім, її реалізація, на думку автора, дасть лише обмежений позитивний ефект і повинна розглядатися лише як додатковий захід, спрямований на мінімізацію корупції.

У статті **Ч. Сіпзака**, професора зі Сполучених Штатів Америки, описано та пояснено основні риси реєстраційної системи США, яка належить до так званої системи реєстрації документів (на противагу системі “реєстрації титулів”). Цими рисами є повний публічний доступ до інформації про власність на нерухомість, можливість ефективно передавати право приватної власності, захист від збитків (за допомогою страхування). Особливий інтерес становить опис автором причин, які призвели до того, що спроби запровадження у США системи “реєстрації титулів” у варіанті “системи Торренса” зазнали невдачі.

Більшість міркувань, наведених авторами, навряд чи будуть беззастережно сприйняті читацьким загалом. Втім, вони аргументовані й дають багатий матеріал для роздумів.

Анатолій Мірошниченко,
науковий редактор

Місце речового договору в механізмі реєстрації речових прав на нерухоме майно

**Место вещного договора в механизме регистрации
вещных прав на недвижимое имущество**

***The Role Real Agreement Plays in the Rights in Rem
to Immovable Property Registration System***

Анотація

У статті розглянуто концепцію речового договору та її імплементацію в законодавстві різних країн (передусім, Німеччини). Проаналізовано місце речового договору у процедурі виникнення речових прав на нерухоме майно та механізмі реєстрації цих прав. Запропоновано використовувати відповідну концепцію в межах українського законодавства.

Ключові слова: *речовий договір, каузальна система, абстрактна система, передача речових прав.*

Аннотация

В статье рассмотрена концепция вещного договора и ее воплощение в законодательстве разных стран (прежде всего, Германии). Проанализировано место вещного договора в процедуре возникновения прав на недвижимое имущество и механизме регистрации этих прав. Предложено использовать соответствующую концепцию в рамках украинского законодательства.

Ключевые слова: *вещный договор, каузальная система, абстрактная система, передача прав.*

Summary

The article is devoted to the concept of real agreement and its implementation into the legislation of different countries (first of all, Germany). The place of real agreement in the procedure of in rem rights to immovable property conveyance and in the mechanism of recording of these rights is analyzed. The proposal to implement the real agreement concept into Ukrainian legislation is made.

Keywords: *real agreement, causal system, abstract system, transfer of real rights.*

Речовий договір — на перший погляд це поняття виглядає як оксюморон, поєднання непокєднуваного. Здавалося б, як може договір, наріжний камінь зобов'язального права, бути частиною права речового? Однак відповідний концепт є справжнім надбанням зарубіжної (передусім — німецької) доктрини цивільного права. І хоча назвати це явище вельми поширеним навряд чи можна, його дослідження може слугувати цілям удосконалення української системи реєстрації речових прав на нерухоме майно.

Під поняттям “речовий договір/угода/правочин”, виходячи з положень Німецького цивільного уложення, розуміється домовленість сторін про перехід речових прав. Творцем відповідної концепції вважається Карл Фрідріх фон Савіньї, який у свій час ініціював кодифікацію німецького законодавства. Ідея ввести в обіг подібний концепт виникла у нього з досліджень римського приватного права, зокрема передачі майна (*traditio*). При цьому, однак, запропонована теорія абстрактного речового правочину римському праву відома не була, тож заслуга у її створенні належить безпосередньо професору Савіньї.

Одразу варто зробити термінологічне уточнення — в межах цієї роботи терміни “речовий договір”, “речова угода” і навіть “речовий правочин” розглядаються як тотожні. Вказане зумовлюється особливостями перекладу — так, в англомовних джерелах, які застосовувалися при дослідженні, це явище фігурує як *real agreement*. У свою чергу, термін *agreement* доцільніше було би перекласти як “домовленість/угода”, а не “договір” (*contract*). Водночас в українських і російських роботах відповідний концепт іменується саме речовим договором (вещным договором).

Серед вчених, які досліджували проблему речового договору та суміжні правові феномени, доцільно згадати як класиків (зазначений вище К. Ф. фон Савіньї, його учні — Л. Варнкьоніг, М. Регенбрехт, І. Гьошен, Х. Дернбург), так і сучасних вчених (Л. фон Влієт, П. Шутте, Б. Арун'яда, Л. Ю. Василевська, В. В. Вітрианський, Ю. Е. Туктаров та ін.). В той же час актуальність дослідження зумовлюється тим, що в українській юриспруденції концепція речового договору майже не розглянута.

Місце речового договору у реєстрації речових прав на нерухоме майно напряму залежить від того, яку систему виникнення права власності та інших речових прав передбачено у законодавстві. Залежно від співвідношення між договором і моментом набуття права власності виділяються дві системи — каузальна і абстрактна (інколи її ще називають системою *traditio*, передання¹).

Як зазначає П. Шутте, у чистій каузальній системі (як, наприклад, у Франції) речові права передаються правонаступнику за фактом укладення зобов'язальної

1 Нанприклад, Reid K. G. *Allocating Protections on the Land Register: A Case Study from Scotland* [Електронний ресурс] / Kenneth G. C Reid // *Edinburgh School of Law Research Paper Series University of Edinburgh*. — 2014. — Режим доступу до ресурсу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2527645.

угоди. Передання майна не є окремою вимогою для передачі речових прав і також не вважається правочином. Це ні що інше, як проста дія, за допомогою якої річ передається отримувачу у розпорядження з тим, щоб він міг реалізовувати свої права власника. Намір у тій стадії, коли річ передано (*animus*, або психічне ставлення до передачі), не має значення. Важливим є лише намір сторін у момент укладення зобов'язальної угоди. Оскільки спільний намір передати і отримати речові права (*animus transferendi et accipiendi dominii*) вже міститься в зобов'язальній угоді, він не формалізується у самостійній речовій угоді, відокремлений від зобов'язальної угоди. Як наслідок, речова угода не може існувати у каузальній системі. Речові права просто передаються в результаті консенсусу між сторонами (також відомий як передача на основі консенсусу, або консенсуалізм)².

Погодитись із дослідником у тому, що різниця між каузальною і абстрактною системами полягає саме у наявності/відсутності речового договору у законодавстві, ми не можемо. Беручи до уваги визначення речової угоди як домовленості про перехід речових прав, вона наявна у будь-якій правовій системі. Критерієм відокремлення каузальної системи від абстрактної є зв'язок між зобов'язальним та речовим договорами і наслідком у вигляді виникнення права власності. Якщо від дійсності зобов'язального договору залежить дійсність речового, то в такому випадку має місце каузальна теорія, і зобов'язальна угода виконує роль каузи. На противагу цьому за абстрактної системи речова угода дійсна незалежно від дійсності (і навіть факту існування) зобов'язальної.

З цього приводу подібний висновок зроблено шотландським дослідником К. Рідом, який вказує, що, коли передача права власності залежить від дійсного основного договору, вважається, що у законодавстві має місце каузальна теорія. Напротивагу цьому абстрактна теорія стверджує, що недійсність зобов'язального договору не впливає на дійсність передачі майна і що право власності може бути передане за відсутності дійсного зобов'язального договору, якщо був дійсним речовий договір³.

Крім того, роблячи припущення, що речовий договір присутній в усіх правових системах, ми тим самим дещо відходимо від загального уявлення про те, що відповідне явище притаманне лише небагатьом правовим системам. К. Ф. фон Савіні зміг детальніше пояснити механізм виникнення речових прав за договорами, і його заслугою в межах кодифікації є саме запровадження *абстрактного* речового договору.

2 Schutte P. THE CHARACTERISTICS OF AN ABSTRACT SYSTEM FOR THE TRANSFER OF PROPERTY IN SOUTH AFRICAN LAW AS DISTINGUISHED FROM A CAUSAL SYSTEM / PJW Schutte. // PER / PELJ. — 2012. — № 15. — с. 121

3 Reid K. G. Allocating Protections on the Land Register: A Case Study from Scotland [Електронний ресурс] / Kenneth G. C Reid // Edinburgh School of Law Research Paper Series University of Edinburgh. — 2014. — Режим доступу до ресурсу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2527645.

Абстрактна модель передачі права власності діє в небагатьох країнах — до таких, зокрема, належать Греція, Південна Африка, Шотландія і, звісно, Німеччина. Власне, оскільки речовий договір є свого роду візитівкою саме німецької доктрини, для характеристики абстрактної системи слід надати загальний опис передання права власності саме за німецьким правом.

За німецьким правом підґрунтям для відокремлення речового договору в механізмі виникнення речових прав є два принципи — власне абстракції (*Abstraktionsprinzip*) та відокремлення (*Trennungsprinzip*). Як наслідок, дійсність речового договору не залежить від дійсності зобов'язальної угоди. Тим самим німецьке право прагне забезпечити надійність цивільного обороту⁴.

У Німецькому цивільному уложенні (надалі також НЦУ) речовий договір означений як *Einigung*. Це поняття існує поряд із терміном *Vertrag*. Обидва вони означають угоду/договір, однак під *Einigung* розуміється лише речовий договір як спеціальний різновид загального терміну *Vertrag*. Тим самим законодавець надав речовому договору статус окремого, самостійного правового інституту в межах німецького цивільного законодавства.

Іншим доводом на користь самостійності речового договору як правового інституту у німецькому цивільному праві слугує той факт, що положення про договори і власне зобов'язання містяться у Книзі 2 Німецького цивільного уложення (*Recht der Schuldverhältnisse*, “Зобов'язальне право”), а *Einigung* фігурує як підстава для виникнення права власності і згаданий у Книзі 3 кодексу (*Sachenrecht*, “Право власності”). При цьому, однак, варто наголосити, що абстрактний речовий договір у Німецькому цивільному уложенні сформульовано не зовсім буквально, тобто у виробленні цієї концепції значну роль відіграли як коментарі авторів уложення, так і подальша практика застосування нового кодексу.

Якщо говорити безпосередньо про механізм переходу речових прав на нерухоме майно, то як приклад слід навести правила про виникнення права власності на земельну ділянку:

- частина перша статті 311b НЦУ передбачає, що договір (*Vertrag*), який стосується відчуження земельної ділянки, повинен укладатись у нотаріальній формі (при цьому тут же вказано, що договір, який не було укладено у такій формі, буде чинним, якщо передачу права буде зареєстровано у земельному реєстрі)⁵;
- відповідно до частини першої статті 873 НЦУ передача права власності на земельну ділянку потребує домовленості (*Einigung*) між особою-влас-

4 Markenisis B. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise* / B. Markenisis, H. Unberath, A. Johnston. — Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2006. — p. 27 — (Second edition).

5 В англійському перекладі НЦУ (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/) зазначену частину сформульовано так: “A contract not entered into in this form becomes valid with all its contents if a declaration of conveyance and registration in the Land Register are effected”.

ником та іншою особою про перехід відповідного права і реєстрації прав у земельному реєстрі⁶.

Виходячи з положень НЦУ, важливою перевагою відокремлення речового договору є те, що він стосовно нерухомості може стати дійсним для сторін до державної реєстрації. Так, у частині другій статті 873 НЦУ передбачено, що до реєстрації сторони пов'язані договором, якщо домовленості, серед іншого, нотаріально посвідчені⁷ (*що в принципі і вимагається в силу закону — прим.*). Тим самим певною мірою усувається важлива проблема розриву у часі, яка виникає з договорами щодо передачі речових прав на нерухоме майно. Адже, якщо говорити про українське законодавство, речове право виникає з моменту його державної реєстрації (ст. 334 Цивільного кодексу, ст. 125 Земельного кодексу).

Як наслідок, за НЦУ відчуження речових прав на нерухоме майно складається з трьох етапів: (1) укладення зобов'язального договору (*Vertrag*); (2) укладення угоди про передачу прав, речового договору (*Einigung*); (3) державна реєстрація. При цьому, на думку В. В. Вітрянського, в цьому випадку речовий договір і акт державної реєстрації утворюють складний юридичний склад, який в цілому і є підставою для виникнення відповідного речового права⁸.

Для цілей дослідження необхідно звернути увагу на так звані змішані системи виникнення речових прав, які містять ознаки як каузальної, так і абстрактної теорії. Найяскравішим прикладом у цьому відношенні виступає цивільне законодавство Нідерландів.

Хоча Цивільний кодекс Нідерландів (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*) і не містить згадки про речовий договір як підставу для передачі речових прав, наявність речової угоди все ж є обов'язковою. Як вказує П. Шутте, до ознак абстрактності у Нідерландах належать такі факти: (1) речові права не відчужуються лише за допомогою зобов'язальної угоди — акт передання також має бути; (2) речова угода (яка являє собою частину акту передання) є вимогою для передачі речових прав. У той же час нідерландська система має ознаки і каузальної теорії, застосованої у Франції, оскільки дійсна зобов'язальна угода є вимогою для передачі речових прав. Недійсність зобов'язальної угоди робить неможливим перехід речових прав. У цьому відношенні ця система відрізняється від німецької та південноафриканської⁹.

6 "The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on the occurrence of the change of rights and the registration of the change of rights in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law".

7 "Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded..."

8 Вітрянский В. В. Общие положения о договоре в условиях реформирования гражданского законодательства / Василий Владимирович Витрянский. // Хозяйство и право. — 2012. — № 4. — с. 21.

9 Schutte P. THE CHARACTERISTICS OF AN ABSTRACT SYSTEM FOR THE TRANSFER OF PROPERTY IN SOUTH AFRICAN LAW AS DISTINGUISHED FROM A CAUSAL SYSTEM / PJW

Ларс ван Вліет, характеризуючи нідерландську систему, зазначає, що передавання речі є юридичним вчинком/дією, оскільки передбачає намір передавання речових прав. Сама по собі передача речі “з рук до рук” не має юридичного значення. Однак закон пов’язує різні правові наслідки з результатами цієї дії, виходячи з наміру сторін¹⁰. Іншими словами, передача речі отримує юридичне значення лише за умови наявності наміру передати речове право.

Певною мірою вітчизняне цивільне законодавство може бути віднесене до змішаної системи в контексті виникнення права власності на нерухоме майно. Так, згідно з ч. 1 ст. 334 ЦК України, право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передавання майна, якщо інше не встановлене договором або законом. У той же час ч. 4 цієї ж статті передбачає, що права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають зі дня такої реєстрації відповідно до закону.

В цій частині варто звернути додаткову увагу на земельне законодавство, яке в окремих випадках передбачає наявність акту прийому-передачі як обов’язкової підстави для реєстрації речового права, а отже — і виникнення права власності. Зокрема:

- рішення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про передачу земельної ділянки у державну чи комунальну власність разом з актом приймання-передачі такої земельної ділянки є підставою для державної реєстрації права власності держави, територіальної громади на неї (абз. 4 ч. 1 ст. 117 ЗК України);
- акт приймання-передачі є невід’ємною частиною договору оренди землі (ст. 15 Закону України “Про оренду землі”).

Деякі вчені вважають, що передача (вона ж *traditio*) навіть згідно з українським законодавством має ознаки самостійного договору. Так, І.А. Спасибо зазначає, що якщо розглядати *traditio* в контексті права України, то воно містить у собі всі ознаки договору, описані у ст. 626, 629 ЦК та ін.: 1) наявність двох сторін (особи, яка передає майно, та особи, яка його приймає), між якими встановлюються правовідносини; 2) добровільний характер правовідносин, що проявляється у взаємному волевиявленні (домовленості) стосовно передавання-прийняття майна; 3) наявність певним чином зовнішньо вираженої письмової форми правочину (як правило, акта передавання-прийняття) та ін.¹¹

В той же час наведений підхід критикується іншими дослідниками. Зокрема, М. Ф. Казанцев зазначає, що передача продавцем речі і прийняття її покупцем

Schutte. // PER / PELJ. — 2012. — № 15. — с. 139.

10 van Vliet, Lars, *Transfer of Movables as a Legal Act* (October 7, 2010). *The Edinburgh Law Review*, Vol. 14, pp. 498–512, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1688923> — с. 505.

11 Спасибо І. А. Щодо правової природи передавання (*traditio*) в сучасному цивільному праві / Ілларіон Андрійович Спасибо // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції “ШЛЯХИ ФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІННОВАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ІННОВАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА” / Ілларіон Андрійович Спасибо. — Харків: НДІ ПЗІР, 2011. — С. 146–147.

не виражають взаємної згоди на перехід права власності на річ, оскільки така згода виражена безпосередньо самим договором купівлі-продажу. Саме договір купівлі-продажу висловлює узгоджену волю сторін на передачу речі і перехід права власності на неї¹².

На думку С.І. Шимона, якщо трактувати передання речі як самостійний правочин, то його правовий наслідок — виникнення права власності — не має співпадати з наслідком головного правочину, на підставі якого здійснюється передання речі. Звідси слід було б вважати, що правочин з купівлі-продажу має на меті виникнення обов'язків з передання речі, але ще не виникнення права власності (що є метою іншого, “паралельного” правочину з передання речі). Це б означало, що договір купівлі-продажу речі укладається заради самого договору, бо з моменту, коли він дійсний, він вже досяг своєї мети, оскільки обов'язок передати річ виник на його підставі. Проте у такому договорі не було б ніякого ні юридичного, ні соціального сенсу¹³.

Рациональність застосування концепції речового договору може бути обґрунтовано наявністю розриву у часі між укладенням договору і його виконанням. Зокрема, варто навести позицію Верховного Суду України, викладену у мотивувальній частині постанови від 18.12.2013 у справі № 6-127цс13. Як вказує суд, учасники правочину, дійшовши згоди щодо всіх істотних умов договору оренди землі, складають і підписують відповідний письмовий документ, надаючи згоді встановленої форми. Разом із тим цивільні права та обов'язки, на досягнення яких було спрямоване волевиявлення учасників при укладенні спірного договору, набуваються після відповідної державної реєстрації. Такий висновок є справедливим стосовно будь-якого договору, за яким відчужуються речові права.

На наше переконання, в межах українського законодавства (як, власне, і будь-якого іншого) речовий договір у механізмі передачі речових прав присутній. Інше питання, що вітчизняне законодавство не передбачає принципу абстрактності, що зближує українську систему з каузальною. Водночас і до чисто каузальної в частині нерухомого майна її віднести неможливо. Припустимо, особа укладає договір оренди земельної ділянки. За каузальної системи цього було б достатньо для державної реєстрації, а отже — і виникнення права оренди. Натомість українське законодавство передбачає необхідність подальшої передачі у формі укладення окремого акту приймання-передачі, який має ознаки речового договору. Як наслідок, без такого акту особа своє право оренди зареєструвати не зможе — тобто самої

12 Казанцев М. Ф. Проблема вещных договоров в контексте предмета гражданско-правового договорного регулирования / Михаил Федорович Казанцев. // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. — 2009. — № 9. — с. 384.

13 Шимон С.І. Відчуження майнового права та концепт речового (розпорядчого) правочину в цивільному праві / С.І. Шимон // Форум права. — 2011. — № 2. — С. 1048–1054 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11scivcr.pdf> — с. 1049.

зобов'язальної угоди для переходу речових прав буде недостатньо. Саме з таких мотивів ми доходимо висновку, що в Україні має місце змішана система, яка має ознаки як каузальної, так і абстрактної систем. Вважаємо, що з метою покращення механізму переходу речових прав на нерухоме майно, забезпечення стабільності цивільного обороту доцільно було б запровадити у законодавстві принцип абстрактного речового договору виключно щодо нерухомості.

Використана література

1. Reid K. G. Allocating Protections on the Land Register: A Case Study from Scotland [Електронний ресурс] / Kenneth G. C Reid // Edinburgh School of Law Research Paper Series University of Edinburgh.— 2014.— Режим доступу до ресурсу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2527645.
2. Schutte P. THE CHARACTERISTICS OF AN ABSTRACT SYSTEM FOR THE TRANSFER OF PROPERTY IN SOUTH AFRICAN LAW AS DISTINGUISHED FROM A CAUSAL SYSTEM / PJW Schutte. // PER / PELJ.— 2012.— № 15.— С. 120–151.
3. Markenisis B. The German Law of Contract: A Comparative Treatise / B. Markenisis, H. Unberath, A. Johnston.— Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2006.— 929 p.— (Second edition).
4. Туктаров Ю.Е. Абстрактная модель передачи права собственности на движимые вещи / Ю.Е. Туктаров. // Вестник ВАС РФ.— 2006.— № 8.— С. 19–37.
5. Витрянский В.В. Общие положения о договоре в условиях реформирования гражданского законодательства / Василий Владимирович Витрянский. // Хозяйство и право.— 2012.— № 4.— С. 3–26.
6. van Vliet, Lars, Transfer of Movable as a Legal Act (October 7, 2010). The Edinburgh Law Review, Vol. 14, pp. 498–512, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1688923>.
7. Спасибо І. А. Щодо правової природи передання (traditio) в сучасному цивільному праві / Ілларіон Андрійович Спасибо // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції “ШЛЯХИ ФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІННОВАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ІННОВАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА” / Ілларіон Андрійович Спасибо.— Харків: НДІ ПЗІР, 2011.— С. 143–147.
8. Казанцев М.Ф. Проблема вещных договоров в контексте предмета гражданско-правового договорного регулирования / Михаил Федорович Казанцев. // Научный ежегодник Института философии и права

- Уральского отделения Российской академии наук.— 2009.— № 9.— С. 379–393.
9. Шимон С.І. Відчуження майнового права та концепт речового (розпорядчого) правочину в цивільному праві / С.І. Шимон // Форум права.— 2011.— № 2.— С. 1048–1054 [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11scivcp.pdf>.

Кулинич П. Ф.,

доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем аграрного та земельного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Як об'єднати земельно-реєстраційну систему України

Как объединить земельно-регистрационную систему Украины

Ways to Unify the Land Registration System of Ukraine

Анотація

Доводиться, що основним недоліком вітчизняної земельно-реєстраційної системи є її роз'єднаність: спочатку у земельному кадастрі реєструється один елемент права на землю — земельна ділянка, а потім у державному реєстрі прав реєструються інші складові права на землю — його суб'єкт та вид права на землю. З метою подолання роз'єднаності земельно-реєстраційної системи обґрунтовується доцільність її об'єднання шляхом передачі функції державної реєстрації земельних ділянок від органу, який веде державний земельний кадастр, до органу, який здійснює державну реєстрацію прав на землю та іншу нерухомість.

Ключові слова: *нерухомість, земля, державна реєстрація прав, земельний кадастр, функціональне об'єднання*

Аннотация

Доказывается, что основным недостатком отечественной земельно-регистрационной системы является ее разъединенность: сначала в земельном кадастре регистрируется один элемент права на землю — земельный участок, а потом в государственном реестре прав регистрируются два других его элемента — его субъект и вид права на землю. С целью преодоления разъединенности земельно-регистрационной системы обосновывается целесообразность ее объединения путем передачи функции государственной регистрации земельных участков от органа, ведущего государственный земельный кадастр, к органу, осуществляющему государственную регистрацию прав на землю и иную недвижимость.

Ключевые слова: *недвижимость, земля, государственная регистрация прав, земельный кадастр, функциональное объединение*

Summary

It is proved that main shortcoming of national land registration system of Ukraine consists in its disunity: first it is necessary to register in land cadaster land plot as one element of any land right, then two other elements of land right — its subject and type of land rights — can be registered in state registry of rights. To overcome the disunity of land registration system is necessary to merge the system by passing the function of state registration of land plots from the body which is in charges to conduct state land cadaster to the body which implements state registration of rights to land and other immovable property.

Key words: *real property, land, state registration of rights, land cadaster, functional unification*

З 1 січня 2013 року в Україні здійснюється земельно-реєстраційна реформа, спрямована на імплементацію у законодавство України Державного земельного кадастру та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно як надзвичайно важливих інструментів регулювання суспільних відносин щодо набуття та реалізації речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно. По суті, Державний реєстр речових прав на нерухоме майно у поєднанні з Державним земельним кадастром мають скласти надійний організаційно-правовий фундамент для формування в Україні суспільства володільців земельної та неземельної нерухомості, права на яку гарантуються правовою системою країни та комфортно з правової точки зору реалізуються власниками і користувачами зазначених суспільних благ.

Безперечно, і Державний реєстр речових прав на нерухоме майно, і Державний земельний кадастр були б ефективнішими інструментами соціально-економічного та юридичного розвитку країни, якби у їхніх базах даних містилися відомості про всі землі (земельні ділянки) в межах території України та всю іншу нерухомість: будинки, будівлі, споруди тощо. Та хоча ступінь наповненості їх відомостями про існуючі об'єкти нерухомості ще не досяг і половини від їх загальної кількості, таке наповнення неухильно збільшується.

Водночас набутий Україною досвід перших років проведення земельно-реєстраційної реформи не тільки підтвердив її корисність, але й виявив низку недоліків у законодавстві про Державний земельний кадастр та про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно, які потребують нагального усунення.

На наш погляд, основним недоліком вітчизняної земельно-реєстраційної системи є її роз'єднаність, яка проявляється в тому, що у процесі проведення державної реєстрації права власності на новостворену земельну ділянку спочатку реєструється один складовий цього права, а потім — інші його складові. Так, якщо земельні ділянки як об'єкти цивільних прав реєструються у одній базі даних — Державному земельному кадастрі, який ведуть державні органи земельних ресурсів (геодезії, картографії та кадастру), то права власності й інші права на земельні ділянки та суб'єкти цих прав реєструються у іншій базі даних — Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, ведення якого було покладене на Державну реєстраційну службу України, а з початку 2015 року — на Міністерство юстиції України.

Роз'єднаність системи державної реєстрації земельних прав підтверджується аналізом “анатомії” земельної власності як юридичної категорії. Так, доктрина земельного права розглядає право власності на землю як нерозривну, взаємопов'язану сукупність трьох складових: об'єкта (земельної ділянки), суб'єкта (особи, якій належить право власності на земельну ділянку) та самого права власності як сукупності правомочностей володіння, користування та розпорядження як міри можливої та дозволеної поведінки суб'єкта щодо об'єкта права власності на земельну ділянку. Причому відсутність (випадіння) однієї зі

складових цієї єдності має своїм наслідком невиникнення суб'єктивного права власності на землю, а якщо таке випадіння сталося після виникнення цього права, то відбувається автоматичне припинення права власності на земельну ділянку як права конкретного суб'єкта на конкретний об'єкт.

Слід зазначити, що при запровадженні вітчизняної земельно-реєстраційної системи у практику правового регулювання земельних відносин її розробники усвідомлювали те, що вона є роз'єднаною, але вважали, що негативні наслідки її роз'єднаності можуть бути успішно подолані шляхом законодавчого забезпечення обміну відомостями між Державним земельним кадастром та Державним реєстром речових прав на нерухоме майно. З цією метою у статті 30 Закону України "Про Державний земельний кадастр" встановлено, що орган, який здійснює ведення Державного земельного кадастру, одночасно з державною реєстрацією земельної ділянки надає органу державної реєстрації прав інформацію про: 1) державну реєстрацію земельної ділянки (дату державної реєстрації, орган, що здійснив таку реєстрацію); 2) кадастровий номер, площу, місце розташування земельної ділянки; 3) кадастровий план зареєстрованої земельної ділянки в електронній (цифровій) формі. Крім того, орган, що здійснює ведення Державного земельного кадастру, надає органу державної реєстрації прав доступ до перегляду кадастрових карт (планів) у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Натомість орган державної реєстрації прав одночасно з державною реєстрацією речового права на земельну ділянку надає органу, що здійснює ведення Державного земельного кадастру, інформацію про: а) суб'єкта права власності на земельну ділянку; б) суб'єкта речового права на земельну ділянку; в) державну реєстрацію права власності на земельну ділянку, права користування (сервітут) земельної ділянки, права постійного користування, права оренди (суборенди) земельної ділянки; права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); права забудови земельної ділянки (суперфіцій).

Однак, незважаючи на законодавче введення обміну відомостями про права на землю між Державним земельним кадастром та Державним реєстром речових прав на нерухоме майно, не всі негативні наслідки роз'єднаності земельно-реєстраційної системи України вдалося подолати. Адже така роз'єднаність породжує виникнення свого роду юридичного вакууму у правовому регулюванні відносин земельної власності, коли земельна ділянка не має законного власника. Маємо зазначити, що земельне право України, на відміну від вітчизняного цивільного права, не допускає виникнення такої ситуації, коли земля (земельна ділянка) не має власника і оголошується безхазяйним майном. Єдиним винятком, який підтверджує, а не нівелює зазначене правило, є визнання ділянки відумерлою спадщиною (ст. ст. 1276–1277 Цивільного кодексу України). Отже, наявність права власності на будь-яку частину земної поверхні є однією з принципових засад правового регулювання земельних відносин в Україні. Так, згідно з ч. 1 ст. 79 Земельного кодексу України, земельна ділян-

ка — це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Визначеність прав щодо будь-якої частини земної поверхні в Україні забезпечується перманентністю права власності на неї. Справа в тому, що в нашій державі ще з радянських часів застосовуються презумпції належності земель державі, а починаючи з часів незалежності — презумпції належності землі публічним власникам — державі чи територіальним громадам сіл, селищ та міст. Так, згідно з п. “а” ч. 2 ст. 83 Земельного кодексу України, у комунальній власності перебувають усі землі в межах населених пунктів, крім земельних ділянок приватної та державної власності. А ч. 1 ст. 84 того ж Кодексу встановлено, що у державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності. Отже, ст. 83 Земельного кодексу України містить презумпцію про те, що всі землі у межах населених пунктів, які не є власністю приватних осіб чи держави, автоматично є власністю відповідної територіальної громади. А ст. 84 Кодексу слід тлумачити таким чином, що якщо розташована за межами населених пунктів земля не перебуває у приватній чи комунальній власності, то вона автоматично є власністю держави. Причому зазначені презумпції права власності держави та територіальних громад на землю діятимуть в Україні аж до повного охоплення земельно-реєстраційною системою всієї земельної території країни.

Водночас практика державної реєстрації земельних ділянок та прав на них свідчить про потенційні небезпеки для принципу непорушності права власності на землю, які виникають внаслідок роз'єднаності земельно-реєстраційної системи. Так, наприклад, якщо власник земельної ділянки вирішує розпорядитися нею шляхом поділу на дві (безперечно, при дотриманні вимог законодавства про землеустрій), то після такого поділу він спочатку має зареєструвати у Державному земельному кадастрі дві нові земельні ділянки, що автоматично припиняє юридичне існування земельної ділянки-попередника. А в період між реєстрацією двох нових земельних ділянок у Державному земельному кадастрі і до державної реєстрації права власності на них у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно проходить певний відрізок часу, протягом якого зазначений власник не є власником ні земельної ділянки-попередника, оскільки вона припинила своє юридичне існування, ні власником новосформованих земельних ділянок, юридичне існування яких ще не розпочалося. Більше того, в силу зазначених вище презумпцій новосформовані земельні ділянки протягом цього періоду автоматично підпадають під правовий режим державної чи комунальної власності — по суті, націоналізуються. Очевидно, такі “слабинки” вітчизняної земельно-реєстраційної системи є недопустимими і повинні бути усунуті.

На наш погляд, з метою подолання таких ускладнень в Україні доцільно поглибити земельно-реєстраційну реформу шляхом об'єднання зазначених вище розрізнених баз даних про земельні ділянки та права на них з покладенням обов'язку щодо їх ведення на один державний орган.

Слід зазначити, що об'єднання функції здійснення державної реєстрації прав на нерухоме майно та функції ведення державного земельного кадастру є провідною тенденцією розвитку державних реєстраційних систем у сфері нерухомості у європейських та багатьох інших країнах світу. Об'єднання зазначених функцій проведене у країнах-сусідах України: Російській Федерації, Білорусі, Молдові тощо. Таке об'єднання здійснюється, як правило, шляхом передачі функції ведення земельного кадастру органів, на який покладена функція державної реєстрації прав на земельну та неземельну нерухомість. Завдяки такій передачі досягається важливий соціально-економічний ефект: 1) скорочується процедура реєстрації прав на земельні ділянки та розташовану на них нерухомість, оскільки реєстрація земельних ділянок та реєстрація прав на них здійснюватиметься не у двох, а в одному державному органі; 2) зменшуються витрати на утримання апарату держслужбовців, які обслуговують державну реєстрацію прав та ведення земельного кадастру, оскільки державні реєстратори прав зможуть виконувати більшість функцій державних кадастрових реєстраторів; 3) зростає ступінь захищеності баз даних про об'єкти нерухомого майна та права на них від несанкціонованого доступу, оскільки скасовується електронний обмін інформацією між реєстром прав на нерухоме майно та земельним кадастром.

Ми вважаємо, що в Україні вирішення проблеми роз'єднаності відомостей про землю, які містяться у Державному земельному кадастрі та Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, може бути здійснене у два способи: **шляхом їх інституційного або функціонального об'єднання.**

Інституційне об'єднання Державного земельного кадастру та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно може бути проведене шляхом передачі функції ведення Державного земельного кадастру Міністерству юстиції України. З метою забезпечення такої передачі необхідно: 1) підпорядкувати державне підприємство "Центр Державного земельного кадастру при Держгеокадастрі України" Міністерству юстиції України та об'єднати його з державним підприємством "Інформаційний центр"; 2) передати зі штату Держгеокадастру та його територіальних органів до штату Міністерства юстиції України працівників, які забезпечують реалізацію функції ведення Державного земельного кадастру, зокрема державну реєстрацію земельних ділянок та ведення Поземельної книги. Здійснення такої передачі потребуватиме внесення певних змін до законів України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень", "Про Державний земельний кадастр", до Земельного кодексу України (ст. 202 і деякі інші), а також до видах на їх виконання підзаконних нормативно-правових актів.

Водночас вважаємо, що інституційне об'єднання баз даних Державного земельного кадастру та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно є менш доцільним, оскільки запроваджений в Україні Державний земельний кадастр включає дві групи відомостей про землю, які мають різне юридичне

значення та не охоплюються профілем роботи такого органу влади, як Міністерство юстиції. Так, на нашу думку, до першої групи належать відомості, які заносяться до кадастру при проведенні державної реєстрації земельних ділянок. Згідно зі ст. 24 Закону “Про Державний земельний кадастр”, державна реєстрація земельної ділянки здійснюється при її формуванні шляхом відкриття Поземельної книги на таку ділянку. Ця стаття фактично зводить державну реєстрацію земельної ділянки до її формування як об’єкта цивільних і земельних прав.

У свою чергу зміст формування земельної ділянки як об’єкта цивільних прав визначений у ст. 79¹ Земельного кодексу України. Згідно з ч. 1 цієї статті, формування земельної ділянки передбачає визначення її площі, меж та внесення інформації про неї до Державного земельного кадастру. А ч. 4 цієї ж статті встановлено, що земельна ділянка вважається сформованою з моменту присвоєння їй кадастрового номера. Отже, при формуванні земельної ділянки повинна утворитися така частина земної поверхні, яка характеризується цивільною і земельною правооб’єктністю — можливістю бути об’єктом права власності та похідних від нього речових прав. Цілком очевидно, що сформована земельна ділянка повинна відповідати вимогам, закріпленим у ст. 79 Земельного кодексу України, яка визначає земельну ділянку як частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами.

До другої групи відомостей про земельні ділянки Державного земельного кадастру слід, на нашу думку, віднести відомості, які містять такі характеристики земельних ділянок, що не впливають на їхню правооб’єктність. До таких характеристик належать дані про якісний стан земель та про бонітування ґрунтів, нормативна грошова оцінка тощо.

Характер відомостей про земельну ділянку, які можуть вноситися до Державного земельного кадастру, залежить і від регіону, в якому ця ділянка знаходиться. Цілком природно, що органи місцевого самоврядування міст, селищ і сіл, розташованих, наприклад, у Карпатському регіоні, більше цікавитимуть відомості про рекреаційну привабливість землі, а для органів місцевого самоврядування міст, селищ і сіл, розташованих у Донецькому басейні, актуальнішими будуть відомості про деградовані, техногенно забруднені землі тощо.

Крім того, у Державному земельному кадастрі можуть відображатися багато відомостей про землю, які мають тимчасовий характер. Наприклад, при незмінних розмірі, місці розташування та власнику (користувачі) земельної ділянки та належності до категорії земель її вид використання, грошова оцінка та деякі інші характеристики можуть часто змінюватися. Особливо це стосується грошової оцінки земельної ділянки, величина якої залежить від прокладення поруч ділянки нових комунікацій (доріг, засобів зв’язку тощо), облаштування території, які роблять її місце розташування більш вигідним, та ринкової

кон'юнктури в районі розташування ділянки. Більше того, залежно від особливостей суспільних потреб у використанні відомостей Державного земельного кадастру на його основі можуть створюватися галузеві кадастри: містобудівний, лікувальних природних ресурсів, лісовий, водний тощо. Слід зазначити, що характерною ознакою відомостей другої групи є те, що вони не впливають на правооб'єктність земельної ділянки і не підлягають фіксації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

У зв'язку з зазначеною вище різноплановістю відомостей Державного земельного кадастру вважаємо більш реальним функціональне їх об'єднання з відомостями Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Його суть полягає у тому, що з числа функцій Державного земельного кадастру виокремлюється функція державної реєстрації земельних ділянок, яка передається органу влади, який здійснює функції державної реєстрації речових прав на нерухоме майно. Таке вирішення проблеми роз'єднаності відомостей Державного земельного кадастру та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно щодо прав на землю не потребує фізичного об'єднання відповідних баз даних та працівників різних відомств (установ), на яких покладено обов'язок здійснення адміністрування зазначених баз даних. Функціональне їх об'єднання передбачає, що, наприклад, у випадку формування нових земельних ділянок шляхом поділу вже існуючої земельної ділянки такі земельні ділянки повинні вважатися сформованими не з моменту проведення їх державної реєстрації у Державному земельному кадастрі (як це передбачено Законом “Про Державний земельний кадастр”), а з моменту проведення державної реєстрації права власності на новостворені земельні ділянки у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. При цьому всі відомості про новосформовані ділянки, включаючи їх кадастрові номери, фіксуються у Державному земельному кадастрі як запроєктовані (такі, що не надають земельній ділянці правооб'єктності), потім використовуються для проведення державної реєстрації права власності та інших прав на новосформовані земельні ділянки, які в такому випадку вважатимуться сформованими не з моменту занесення відомостей про них до Державного земельного кадастру, а з моменту внесення зазначених відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Таким чином, вважаємо, що шляхом проведення функціонального об'єднання Державного земельного кадастру та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно в Україні буде подолано роз'єднаність відомостей про права на землю та усунуто обумовлені такою роз'єднаністю недоліки у виникненні та гарантуванні набутих прав власності та інших прав на земельні ділянки.

Куцевич О. П.,

к. ю. н., ас. кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Проблеми ідентифікації земельних ділянок як об'єкта права в Україні та шляхи їх вирішення

Проблемы идентификации земельных участков как объекта права в Украине и пути их решения

The Problems of Land Parcel Identification as a Property Units in Ukraine and their Possible Solutions

Анотація

Розглядається проблема ідентифікації земельних ділянок як об'єктів права. Державна реєстрація нині здійснюється в дозвільному порядку, є обтяжливою, тривалою та витратною, при цьому виникають численні проблеми, такі як так звані накладки, які надзвичайно ускладнюють оборот. Робиться висновок про доцільність відмови від механізму державної реєстрації земельних ділянок. Земельні ділянки як об'єкт прав повинні ідентифікуватися шляхом внесення даних до Державного земельного кадастру за повідомним принципом. Дані Державного земельного кадастру про координати меж земельних ділянок повинні бути загальнодоступними.

Ключові слова: державна реєстрація земельних ділянок, ідентифікація земельних ділянок, накладки, державний земельний кадастр.

Аннотация

Рассматривается проблема идентификации земельных участков как объектов права. Государственная регистрация осуществляется в разрешительном порядке, является обременительной, длительной и затратной, при этом возникают многочисленные проблемы, такие как так называемые накладки, которые чрезвычайно затрудняют оборот. Делается вывод о целесообразности отказа от механизма государственной регистрации земельных участков. Земельные участки как объект прав должны идентифицироваться путем внесения данных в Государственный земельный кадастр по уведомительному принципу. Данные Государственного земельного кадастра о координатах границ земельных участков должны быть общедоступными.

Ключевые слова: государственная регистрация земельных участков, идентификация земельных участков, накладки, государственный земельный кадастр.

Summary

The article considers the issue of the identification of land parcels as property units. The state registration is carried out in the permitting procedure, is burdensome, time-consuming and costly, while there are many issues such as the so-called overlapping, which extremely complicates turnover. The conclusion about expediency to abandon the mechanism of state

registration of land parcels is made. Land parcels as objects of rightshave to be identified by entering data into State Land Cadastre on notification principle. The data from State Land Cadastre about coordinates of land parcels should be public.

Key words: *state land parcels registration, identification of land parcels, land parcels overlapping, state land cadastre.*

Земельна ділянка є свого роду ідеальним об'єктом, який створюється не фактично, а юридично — шляхом відособлення певної частини земної поверхні у земельну ділянку. Лише за умови такого відособлення щодо земельної ділянки можуть виникати цивільні права і обов'язки. Більше того, без відособлення самої земельної ділянки не існує.

При низькому рівні розвитку суспільства відособлення земельної ділянки відбувалося шляхом встановлення межових знаків або навіть просто шляхом фактичного обробітку землі. З розвитком суспільства були віднайдені досконаліші способи ідентифікації, що сьогодні в більшості країн передбачають використання своєрідної бази даних — земельного кадастру. Провести межу в натурі (на місцевості) сьогодні вже недостатньо, необхідно описати земельну ділянку в базі даних. Необхідність такого опису тісно пов'язана з необхідністю оголошення невизначеному колу осіб речових прав на нерухоме майно, яке сьогодні здійснюється через реєстр прав. Очевидно, що реєстр прав може функціонувати лише на основі ідентифікованих земельних ділянок.

Попри переваги, які відкриває наявність кадастру та системи реєстрації речових прав на земельні ділянки, вони створюють також додаткову проблему адекватного опису в кадастрі (та реєстрі прав, який ведеться на основі кадастру) земельних ділянок.

Між ситуацією “в натурі” та ситуацією “на папері” неминуче виникають розбіжності, оскільки будь-які натурні зйомки земельної ділянки характеризуються похибками. За допомогою сучасної техніки та методик проведення зйомок похибки можна мінімізувати, втім, вони присутні завжди, хоча б тому що будь-яка, навіть надсучасна й надточна вимірвальна техніка, яка використовується в геодезії, працює з певними похибками.

Проблема поглиблюється тим, що іноді при проведенні зйомок допускають грубі помилки, які виходять за межі допустимих похибок, або навіть умисне спотворення результатів зйомок — наприклад, щоб уникнути накладення на інші ділянки (на професійному жаргоні землевпорядників — “накладки”), землевпорядна організація “посуває” на папері “свою” земельну ділянку у місце, де завідомо немає зареєстрованих земельних ділянок¹. Втім, при такому

1 Таку практику описано, наприклад, тут: Запуск УСК 2000 // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=4853&start=616>; Допустима накладка меж земельних ділянок. Системи координат. “Публічність” даних про земел [вні ділянки] // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=1262>.

підході, скоріш за все, накладка рано чи пізно виникне у майбутньому.

Похибки, помилки та свідомо недобросовісне виконання зйомок призводять до того, що при проведенні окремої зйомки суміжних (в натурі) земельних ділянок їх “ідеальні” копії, призначені для внесення до кадастру, неминуче будуть або накладатися одна на одну, або між ними буде розрив. Питання лише в тому, наскільки розбіжність буде великою. Тому при внесенні ділянок до кадастру прийнято “саджати” “нову” ділянку, зйомку якої проведено, на ділянку, вже внесену до кадастру, тобто “підганяти” результати зйомок з тим, щоб “нова” ділянка ідеально прилягала до “старої”. Втім, зовсім не обов'язково “стару” ділянку знято правильніше. Якщо допущені при внесенні до реєстру “старішої” ділянки похибка чи помилки є істотними, згодом вони дадуться визнаки, оскільки наступні ділянки “налазитимуть” на інші, вже існуючі ділянки.

Накладок та розривів можна було би повністю уникнути у випадку комплексних зйомок території за принципом “від загального — до конкретного”, коли вся територія держави планомірно поділялася б на частини (окремі адміністративно-територіальні одиниці, кадастрові зони, квартали, окремі земельні ділянки). В таких умовах накладок та розривів не існувало б “за визначенням”.

Прекрасні можливості для реалізації цього підходу давала специфіка вітчизняної земельної реформи, коли земельний кадастр створювався практично з нуля. В аналогічній ситуації, наприклад, у Молдові (до речі, за участі українських спеціалістів)² було проведено комплексну зйомку території, що дозволило уникнути накладок. У цій країні за допомогою Світового банку та низки інших донорів було реалізовано амбітний Перший кадастровий проект, метою якого була реєстрація 520 тис. об'єктів нерухомості (із загальної кількості 550 тис.)³.

Показово, що саме за принципом поділу загального на частини в Російській імперії у XVIII–XIX сторіччях було проведене так зване генеральне межування, при якому всі земельні угіддя поділялися на “генеральні дачі” — за назвами сіл і урочищ⁴. Генеральне межування було основою для проведення в подальшому спеціального межування.

Проведення комплексних зйомок потребує великих витрат (так, обсяг згаданого вище Першого кадастрового проекту у Молдові складав 24,6 млн доларів⁵), проте, як вже зазначалося, воно в корні ліквідує проблему накладок, на вирішення якої йдуть значні ресурси і яка істотно перешкоджає нормальному

2 Як боротись з накладками? // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985>.

3 Cadastre for Land Registration // Swedesurvey. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.swedesurvey.se/zh-hans/node/165>.

4 Колотинская Е. Н. Правовые основы земельного кадастра в России. — М.: Изд-во МГУ, 1968. — С. 70.

5 First Cadastre Project. Overview // World Bank. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.worldbank.org/projects/P035771/first-cadastre-project?lang=en>.

обороту нерухомості, без якого належне функціонування будь-якої економіки неможливе. Досвід Молдови свідчить, що витрати на створення бази для ведення кадастру нерухомості не є надмірною ціною за створення передумов для динамічного розвитку ринку нерухомості.

Слушною ідеєю є проведення комплексних зйомок якщо не по всій Україні, то хоча б на окремих територіях. Пропозиції щодо проведення таких зйомок у рамках інвентаризації земель неодноразово висловлювалися в літературі.

Існуюче правове регулювання інвентаризації земель, на жаль, не заохочує до проведення комплексних зйомок, хоча і передбачає таку можливість. Так, п. 7 розділу VII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про Державний земельний кадастр” передбачає проведення інвентаризації земель у порядку, що затверджується Кабінетом Міністрів України як спосіб “формування земельних ділянок за рахунок земель державної та комунальної власності, визначення їх угідь, а також віднесення таких земельних ділянок до певних категорій”. Але ні це положення, ні власне Порядок інвентаризації земель, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 23.05.2012 № 513, не передбачають вимоги щодо комплексності проведення інвентаризації та, відповідно, зйомок, хоча і не виключають такої комплексності (див. насамперед п. п. 4 та 5 Порядку).

Таким чином, на сьогодні нездоланих правових перешкод для комплексної зйомки територій з метою суцільного формування земельних ділянок немає. Цей процес стримується головним чином відсутністю фінансування та, на жаль, нерозумінням усіх переваг, які дає комплексна зйомка. Не хочеться думати, що непроведення комплексних зйомок має причиною свідоме створення корупційої ситуації з численними накладками (про корупційність існування накладок йтиметься нижче).

При цьому у середовищі фахівців-землепорядників та геодезистів висловлюється слушна думка (В.В. Чернов), за якою комплексна зйомка має проводитися топографічно (картометрично) відносно великих територій (кварталу, села, селища), після чого відстані можуть при потребі уточнюватися геодезичними методами⁶. Такий підхід дозволить досягти необхідної точності при набагато менших витратах, ніж при кадастровій зйомці окремих ділянок⁷ (яка, як вже зазначалося, не може забезпечити відсутність накладок у принципі).

Висловлюється і пропозиція заборонити внесення до кадастру інформації про окремі ділянки в масиві взагалі, встановивши нормативно обов'язок при зйомці першої ділянки знімати весь квартал з подальшим викупом зацікавленими особами координат точок за фіксованою ціною⁸. Попри свою

6 “Точность” в кадастре // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=25>.

7 Тендер на інвентаризацію земель міської ради // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=3977>.

8 “Точность” в кадастре // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим

привабливість, ця пропозиція виглядає економічно необґрунтованою, адже, як вказують опоненти, оплата залежно від кількості поворотних точок не завжди буде адекватною (їх кількість можна штучно завищувати, особливо коли йдеться про зйомку кругових кривих), існує також низка ситуацій (віддалені райони), в яких зйомка великих площ не окупиться через низьку потребу у роботах зі зйомки⁹. Таким чином, встановлювати обов'язок щодо проведення комплексних зйомок недоцільно, проведення таких зйомок має організовуватися державою та територіальними громадами в рамках існуючого правового поля, особливо враховуючи, що бенефіціаром комплексних зйомок є насамперед держава.

Враховуючи сучасний фінансовий стан держави, можна прогнозувати, що комплексну зйомку територій, яка є засобом викорінення накладок, навряд чи буде проведено в Україні у скільки-небудь близькій перспективі. До того ж в Україні чимало територій, значна частина ділянок в межах яких вже внесена до кадастру. Проводити на таких територіях комплексні кадастрові зйомки навряд чи доречно — як з економічної точки зору, так і з точки зору неможливості значних змін в існуючому правовому режимі ділянок (шляхом зміни їх координат у кадастрі). Як буде показано нижче, така зміна зовсім не простий з правової точки зору процес.

Світовий досвід, який підтверджує переваги комплексних зйомок, так само дає підтвердження того, що без зйомок окремих ділянок, які неминуче тягнуть існування накладок, при тривалій історії ведення кадастру обійтися неможливо. Наприклад, на 15-й Міжнародній науково-технічній конференції “Геофорум-2010”¹⁰ чеські учасники конференції ділилися досвідом вирішення проблеми найвірогіднішого розташування меж ділянок при накладках (до десятків метрів) між ділянками, задокументованими біля 300 років тому¹¹.

Також, як влучно звертає увагу користувач форуму землепорядників з ніком *ДВФ*, з точки зору світового досвіду дуже показовим є функціонал світового флагмана програмного забезпечення у сфері землеустрою та кадастру — програми ArcGIS (підсистема Cadastral Fabric). А ця програма дозволяє як завантаження топологічно зв'язаних масивів, такі і побудову окремих ділянок обходом/засічками¹².

Таким чином, хоча шлях уникнення накладок при кадастрових зйомках зрозумілий (комплексна зйомка території), застосувати його можна не завжди,

досмуну: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750>.

9 “Точність” в кадастрі // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750>.

10 15-та Міжнародна науково-технічна конференція “Геофорум-2010” // Українське товариство геодезії і картографії. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://utgk.com.ua/node/111>.

11 “Точність” в кадастрі // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ns2.zemres.com/forum/viewtopic.php?f=144&t=5750&start=308>.

12 “Точність” в кадастрі // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=392>.

тому зйомка окремих ділянок — це реальність, яка існує і продовжуватиме існувати в Україні. А це означає існування похибок вимірювань та, як наслідок, накладок. У той час, коли з помилками та недобросовісністю виконавців, звісно, потрібно боротися, похибки вимірювань — об'єктивно існуюче явище, яке піддається певним закономірностям (які вивчає лінійна алгебра, математична статистика та теорія ймовірностей¹³). Втім, вітчизняний Державний земельний кадастр побудований без будь-якого врахування самого факту існування похибок.

Відповідно до ч. 6 ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр” підставою для відмови у здійсненні державної реєстрації земельної ділянки є, зокрема, “знаходження в межах земельної ділянки, яку передбачається зареєструвати, іншої земельної ділянки або її частини” — іншими словами, наявність накладки. Раніше аналогічна норма містилася у п. 2.2 Тимчасового порядку ведення державного реєстру земель, затвердженого наказом Держкомзему України № 174 від 02.07.2003 (на відміну від Закону, згідно з наказом підставою для відмови була також наявність “розривів” між межами ділянок).

Практика тлумачення і застосування описаних норм склалася неоднотонною. Загалом її можна розділити на два напрямки, які ми умовно назовемо “жорстким” та “ліберальним”.

Жорстке тлумачення полягає у “механістичному” тлумаченні правила про недопустимість накладок. Накладка з уже внесеною до Державного земельного кадастру ділянкою розглядається, по-перше, як безумовна підстава для відмови у реєстрації незалежно від розміру накладки (тобто навіть якщо вона складає кілька міліметрів), а по-друге, незалежно від її причин (тобто навіть у випадку, коли очевидно, що помилку допущено не при зйомках нової ділянки, а при зйомках тієї ділянки, на яку “нова” ділянка накладається)¹⁴.

Зауважу, що навіть при такому підході накладки в певних розмірах все-таки допускаються з огляду на існування параметрів точності визначення просторових координат точок повороту (див. п. 25.4 Вимог до структури, змісту та формату оформлення результатів робіт із землеустрою в електронному вигляді (обмінного файлу), затверджених наказом Держкомзему України від 02.11.2009 № 573).

Обидві складові описаного підходу не узгоджуються зі здоровим глуздом і позбавлені будь-якої практичної доцільності. У абсолютній більшості випадків міліметрова точність встановлення меж непотрібна. Як слушно вказують

13 Див., напр., Зазуляк П. М., Гавриш В. І. Євсєєва Е. М., Йосипчук М. Д. *Основи математичного опрацювання геодезичних вимірювань: Навчальний посібник*. — Львів: Видавництво “Растр-7”, 2007. — 408 с.

14 Публічна кадастрова карта // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5374&start=550>; “Точність” в кадастрі // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=196>.

фахівці-землепорядники, навіть саму огорожу, стовпчики у населених пунктах (де необхідна найвища точність), неможливо розпізнати з міліметровою точністю, якої вимагає кадастр¹⁵, тому така точність відображення меж позбавлена сенсу. Ще очевидніша абсурдність вимог щодо міліметрової точності у випадку, коли межовими знаками слугують дерева чи кущі (ч. 4 ст. 109 Земельного кодексу України згадує таку можливість). У геодезистів здатність дерев і кущів виступати межовими знаками викликає подив і, м'яко кажучи, нерозуміння, втім, для практичних цілей (які і повинні бути мірилом прийнятності положень закону) це часто є абсолютно нормальним і зручним. Живі огорожі — естетичний та екологічний спосіб розмежування суміжних володінь, який набирає дедалі більшої популярності у світі.

Ну і, звісно, абсолютно несправедливо перекладати проблему “з хворої голови на здорову”, тобто відмовляти у державній реєстрації коректно знятої земельної ділянки через те, що перед цим при реєстрації іншої ділянки було допущено помилку або навіть свідоме спотворення результатів.

Відмова у державній реєстрації земельної ділянки, що накладається на інші ділянки, тягне потребу усувати накладки, що є дуже обтяжливим для замовника або виконавця зйомок (про це йтиметься далі).

З точки зору закону, положення ч. 6 ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр” необхідно тлумачити у світлі принципів діяльності суб'єктів владних повноважень, які сьогодні законодавчо закріплені у ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Так, рішення суб'єкта владних повноважень повинне не лише бути прийняте “на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України” (підстава для відмови у реєстрації земельної ділянки при накладці законом передбачена), але і “з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано”, “обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії)”, “безсторонньо (неупереджено)”, “добросовісно”, “розсудливо”, “з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації”. Більшість описаних додаткових критеріїв законності рішення будуть недотримані при відмові в реєстрації при мізерних накладках або тоді, коли накладку спричинено помилками, допущеними при внесенні інших земельних ділянок.

З огляду на сказане, жорсткий підхід до тлумачення ч. 6 ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр” слід відкинути.

Ліберальне тлумачення цієї норми може допускати, на противагу від жорсткого, визнання допустимості накладок, які не перевищують певних розмірів,

¹⁵ Допустима накладка меж земельних ділянок. Системи координат. “Публічність” даних про земел [ьні ділянки] // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=1262>; “Точність” в кадастрі // Форум землепорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=392>.

та/або визнання можливості державної реєстрації земельної ділянки у випадку, коли причиною накладки є помилки, допущені при державній реєстрації іншої ділянки. Розглянемо окремі елементи ліберального тлумачення.

Допустимість накладок, що не перевищують певних меж. На практиці зазвичай використовується не оціночний критерій “практичної допустимості” накладок певного розміру, а певні формальні величини.

Наприклад, деякі державні реєстратори допускають похибку у 0,3 см як похибку програмного забезпечення при заокругленні координат¹⁶. Частіше ж посилаються на нормативні документи, які визначають допустимі похибки зйомки.

Так, Інструкція про встановлення (відновлення) меж земельних ділянок в натурі (на місцевості) та їх закріплення межовими знаками, затверджена наказом Держкомзему України від 18.05.2010 № 376, передбачає (п. 3.10), що “середньоквадратична похибка місцезнаходження межового знака відносно найближчих пунктів державної геодезичної мережі, геодезичних мереж згущення, міських геодезичних мереж не повинна перевищувати: у містах Києві, Севастополі, містах — обласних центрах та містах обласного підпорядкування — 0,1 м; в інших містах та селищах — 0,2 м; у селах — 0,3 м; за межами населених пунктів для земельних ділянок площею до 10 га — 0,5 м, а площею 10 га і більше — 2,5 м”. У разі якщо похибка не перевищує відповідних величин, накладка не вважається істотною і земельна ділянка вноситься до Національної кадастрової системи і реєструється.

Цікаво буде порівняти допустимі похибки, передбачені у законодавстві України, з аналогічними нормами, які існують у Швеції — країні, земельний кадастр якої вважається одним із найкращих у світі. Наприклад, за повідомленням фахівця з геоінформаційних технологій зі Швеції на одному з ГІС-форумів, що проводився у Києві, межі національних лісів у Швеції визначаються з точністю до 100 м. На здивоване запитання присутніх про співвідношення озвученої тези з загальновідомою точністю шведського кадастру доповідач зазначив, що “Швеція не настільки багата країна, щоб знімати свої національні ліси з міліметровою точністю”¹⁷.

Визнання можливості державної реєстрації земельних ділянок у випадках, якщо накладки обумовлені помилками, допущеними при реєстрації інших ділянок. Подібне тлумачення, на жаль, є не надто поширеним, проте воно також застосовується на практиці¹⁸. Вбачається, що саме такий підхід є вірним.

При цьому, хоча “правильність” чи “неправильність” відображення земельної ділянки в кадастрі дуже часто не є очевидною, особливо з кабінету держав-

16 Допустима накладка меж земельних ділянок. Системи координат. “Публічність” даних про земел [вні ділянки] // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=1262>.

17 “Точність” в кадастрі // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=150>.

18 Інвентаризація землі // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=4264&start=150>.

ного реєстратора (без виходу на місцевість та проведення повторних вимірювань), це не значить, що цими питаннями державний реєстратор не повинен займатися. В іншому випадку постає питання, навіщо взагалі запроваджено таку посаду з жорсткими вимогами до особи, що її обіймає, — адже можна було би проводити реєстрацію в автоматичному режимі.

До речі, чимало випадків, коли допущені помилки є очевидними і можуть бути легко виявлені шляхом накладення контурів ділянок на наявні в розпорядженні державних кадастрових реєстраторів ортофотоплани (ділянки, розвернуті на 90 градусів, ділянки, що накладаються на дороги, водні об'єкти, лісосмути тощо).

На мій погляд, можна констатувати, що обидва елементи ліберального тлумачення положень ч. 6 ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр” є більш прогресивними і відповідають принципам, викладеним у ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Тому пропонується тлумачити норму закону про підстави відмови у державній реєстрації земельної ділянки саме у той спосіб, що накладки, які знаходяться в межах установлених вимог до точності вимірювання, є безумовно допустимими, а інші накладки є підставою для відмови у державній реєстрації земельної ділянки лише у разі, коли вони є наслідками помилок, допущених при зйомках цієї ділянки (а не ділянок, що вже пройшли державну реєстрацію раніше).

Хоча описане тлумачення впливає із положень чинного законодавства, вбачається, що певні зміни до чинних законодавчих актів щодо цього все ж не були б зайвими. Зокрема, варто було б доповнити абзац п'ятий ч. 6 ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр” («...знаходження в межах земельної ділянки, яку передбачається зареєструвати, іншої земельної ділянки або її частини») словами “поза межами допустимих похибок вимірювання, визначених уповноваженим центральним органом виконавчої влади”. Зазначимо, що фахівці-землевпорядники відчують потребу у нормативному закріпленні формули, що регламентує допустимість накладок¹⁹.

Проте більш радикальним та ефективним вирішенням проблеми накладок (вірніше, тих негативних наслідків, які вони спричиняють), на мою думку, була б відмова від механізму державної реєстрації земельної ділянки. Враховуючи, по-перше, незадовільний стан вітчизняного Державного земельного кадастру, а по-друге — принципову недоцільність абсолютизації його відомостей (про це йтиметься нижче), доцільно розглянути варіант заміни державної реєстрації земельних ділянок їх ідентифікацією “за заявницьким принципом”, що потребує також зміни принципів державної реєстрації речових прав на нерухоме майно (її доцільно проводити також за заявницьким принципом). Можливість внесення даних про земельні ділянки до Державного земельного кадастру повинні отримати сертифіковані інженери-землевпорядники.

19 “Точность” в кадастре // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=250>.

Незалежно від реалізації цієї пропозиції доцільно було б запровадити режим, за якого *зйомці підлягають не окремі земельні ділянки, а межі суміжних ділянок (їхні відрізки)*, як слушно пропонує користувач форуму землевпорядників з ніком ZIK²⁰.

При цьому *геодезичні дані (координати поворотних точок) та їх прив'язки повинні бути доступні через мережу Інтернет* як мінімум усім сертифікованим інженерам-землевпорядникам та інженерам-геодезистам. Це окрема пропозиція, реалізація якої сама по собі дозволить звести вірогідність накладок до мінімуму. Окрім того що виконавці зможуть однозначно прив'язуватися у своїх зйомках до існуючих меж, замовник — особа, яка найбільше зацікавлена у відсутності накладок, — буде в змозі сама проконтролювати результати зйомок.

Приклад оприлюднення в мережі Інтернет геоданих, тобто планів з лінійними промірами, радіусами та довжинами дуг, площами для побудови земельних ділянок дає земельний кадастр Квебека²¹. Доступ до інформації платний (одноденний абонемент коштує 6,3 долари), проте така схема роботи є дуже зручною та ефективною.

Запропоновані зміни можуть істотно мінімізувати кількість накладок та розривів навіть у випадку, коли існуючий механізм наповнення кадастру — від окремого до загального — збережеться.

Та все-таки накладки та розриви продовжуватимуть існувати. З точки зору правового регулювання важливо адекватно визначити правові наслідки допущених накладок та передбачити належний механізм усунення розривів та накладок.

Розглянемо механізм усунення розривів та накладок, передбачений чинним законодавством.

Згідно зі ст. 37 “Виправлення помилок, допущених при веденні Державного земельного кадастру” Закону України “Про Державний земельний кадастр”, «[в] иправлення інших помилок, допущених у відомостях Державного земельного кадастру внаслідок помилки у документації із землеустрою, оцінки земель, здійснюється після внесення змін до такої документації” (ч. 4), «[в] иправлення помилок у відомостях про земельну ділянку може здійснюватися також на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельних ділянок у натурі (на місцевості) або матеріалів інвентаризації земель чи рішення суду” (ч. 5).

Відповідно до абз. 3 п. 4 розділу VII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про Державний земельний кадастр”, “у разі якщо після перенесення інформації про земельні ділянки з Державного реєстру земель до Державного земельного кадастру виявлені помилки у визначенні площ та/або

20 “Точность” в кадастре // Форум землевпорядников Украины. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=336>.

21 Infolot // Навколо Геодезичний блог // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://geoespace.blogspot.ca/2013/01/infolot.html>.

меж земельних ділянок ... такі помилки за згодою власника земельної ділянки, користувача земельної ділянки державної чи комунальної власності можуть бути виправлені на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості) або за матеріалами інвентаризації земель. Зміна меж земельної ділянки при виправленні вказаних помилок допускається за письмовим погодженням з особами, яким належить право власності (а щодо земель державної та комунальної власності — право користування) на суміжні земельні ділянки...”.

Таким чином, “перехідні правила” (які стосуються лівової частини накладок) в основному співпадають з “основними”, хіба що в них прямо вимагається “згода” власника чи землекористувача ділянки, щодо якої допущено помилку, та “письмове погодження” з власниками та користувачами суміжних ділянок. Втім, насправді відмінностей з “основним” правилом Закону практично немає: при внесенні змін до відповідної землевпорядної документації згода відповідних власників та користувачів потрібна завжди.

Цим положенням кореспондують процедурні п. п. 138–161 Порядку ведення Державного земельного кадастру, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17.10.2012 № 1051. Серед іншого п. 150 Порядку вимагає подання документа, “що підтверджує оплату послуг з виправлення технічних помилок у Державному земельному кадастрі” (наразі розмір плати визначається постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2011 № 835 “Деякі питання надання Державним агентством земельних ресурсів та його територіальними органами адміністративних послуг” на рівні 161 грн.).

На думку Держземагентства України²², накладки мають усуватися згідно з ч. 12 ст. 79–1 Земельного кодексу України, за якою “межі суміжних земельних ділянок приватної власності можуть бути змінені їх власниками без формування нових земельних ділянок за проектами землеустрою із впорядкування існуючих землеволодінь”. Принагідно зазначу, що згідно зі ст. 9 Закону України “Про державну експертизу землевпорядної документації” такі проекти підлягають обов’язковій державній експертизі землевпорядної документації, що робить усунення накладок у такому порядку дуже громіздким та обтяжливим. Загалом підхід Держземагентства виглядає помилковим, принаймні така рекомендація не може мати загального характеру, адже при усуненні накладок зазвичай не йдеться про зміну меж (у натурі ніякої накладки в більшості випадків немає); натомість йдеться про зміну їх опису у Державному земельному кадастрі.

Практика застосування описаних вище положень законодавства є неоднозначною та ускладнюється тим, що функціонал програмного забезпечення, яке використовується при веденні Державного земельного кадастру, накладає

22 Як боротись з накладками? // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985&start=150>.

потужний відбиток на правозастосування. Наприклад, принаймні деякий час виправлення помилок у порядку, передбаченому законодавством, у базі даних було неможливе через відсутність відповідного функціоналу в програмного забезпечення, натомість доводилося використовувати функціонал “внесення архівних даних”, який можна було застосовувати для усунення помилки щодо конкретної земельної ділянки один раз²³.

Основними проблемами у процесі ліквідації накладок є, по-перше, складність отримання координат ділянок, які накладаються (слід мати на увазі, що при “пересаджуванні” ділянок нерідко спостерігається “ефект доміно”, коли треба змінювати межі кількох, а іноді десятків земельних ділянок). А оскільки для усунення накладок необхідна згода власників та користувачів відповідних ділянок (див. вище), постає необхідність отримання не лише координат сусідніх земельних ділянок, але і персональних даних власників та користувачів. Зробити це без порушення Закону України “Про захист персональних даних” дуже важко. Як наслідок, створюється корупціогенна ситуація: вирішити проблему з накладками без не зовсім законних дій з боку державного реєстратора (тобто правовими засобами) практично неможливо, що створює прекрасне підґрунтя для корупції.

Найбільш простим і очевидним рішенням цієї проблеми, як вже зазначалося, є розміщення геоданих (вихідної просторової інформації у зручному форматі про земельно-кадастрові одиниці — координати меж населеного пункту, координати меж кадастрових зон, координати меж кадастрових кварталів) у мережі Інтернет із забезпеченням доступу до них як мінімум усіх сертифікованих інженерів-землевпорядників та інженерів-геодезистів (можливо, за поміркованої плати). Така пропозиція знаходить широку підтримку у професійному середовищі землевпорядників²⁴. Для цього необхідним вбачається внесення змін до ст. 36 та 38 Закону України “Про Державний земельний кадастр”. При цьому обсяг персональних даних про особу, що вносяться до Державного земельного кадастру на стадії державної реєстрації земельної ділянки, слід звести до мінімуму. Такі дані можуть і повинні вноситися при державній реєстрації речових прав на земельну ділянку.

Такі зміни дозволять вирішувати значну кількість проблем із накладками та розривами “в робочому порядку”, не доводячи до судового розгляду. Втім, не виключений варіант, коли зацікавленій особі все-таки доведеться звертатися до суду.

На практиці з метою зняття існуючих накладок зазвичай заявляється позов про визнання недійсними відповідних правоустановчих документів або навіть про внесення до них змін. Наприклад, рішенням Хмельницького міськрайонного суду від 11.12.2012 у справі № 2218/22540/2012 задоволено позов ОСОБИ_2

23 Як боротись з накладками? // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985&start=168>.

24 Як боротись з накладками? // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985&start=200>.

до Шумовецької сільської ради про визнання недійсними промірів земельної ділянки у державному акті²⁵.

На мій погляд, позови про визнання недійсними правоустановчих документів (або їхніх окремих елементів чи включених до них даних) взагалі не повинні розглядатися судами, оскільки такий спосіб захисту не передбачений законом, більш того, задоволення позову не має жодних правових наслідків, поновлення прав позивача не відбувається²⁶.

Особливо абсурдною є ситуація, коли позов заявляється про визнання недійсним правоустановчого документа (найчастіше державного акта) на земельну ділянку, що належить самому ж позивачу.

Наприклад, рішенням від 10.10.2013 у справі № 149/2847/13-ц²⁷ Хмельницький міськрайонний суд Вінницької області задовольнив позов набувача земельної ділянки до Хмельницької міської ради Вінницької області, Реєстраційної служби Хмельницького міськрайонного управління юстиції Вінницької області про визнання недійсними рішення про надання йому ж земельної ділянки та правовстановлюючого документа на земельну ділянку на його ж ім'я, тому що при виготовленні технічної документації із землеустрою було допущено накладення на іншу земельну ділянку. При цьому суд, задовольняючи позов, виходив із того, що допущена накладка "обмежує права позивача в частині розпорядження належним майном на власний розсуд".

У цій ситуації очевидно, що набувач земельної ділянки справді постраждав, його права порушено, втім, необхідно визначитися, які ж способи захисту його прав будуть належними.

Аналізуючи ситуацію, слід звернути увагу, що у цьому випадку має місце ні що інше, як двостороннє волевиявлення — з одного боку, місцевої ради (як представника територіальної громади), з другого, відповідного громадянина (майбутнього позивача) щодо передачі з комунальної у приватну власність земельної ділянки — тобто договір у розумінні ст. 626 Цивільного кодексу України. Внаслідок допущеної помилки особа отримала не те, на що розраховувала. На мій погляд, у цій ситуації вона має право звернутися з позовом про визнання укладеного договору недійсним (ст. 229 Цивільного кодексу України), а також вимагати застосування наслідків недійсності правочину

25 Рішення Хмельницького міськрайонного суду від 11.12.2012 року у справі № 2218/22540/2012 за позовом ОСОБА_2 до Шумовецької сільської ради про визнання недійсними промірів земельної ділянки // Єдиний державний реєстр судових рішень. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28393304>.

26 Мірошніченко А.М. Обрання належного способу захисту прав на земельні ділянки // Адвокат. — 2011. — № 1 (124). — С. 27–28.

27 Рішення Хмельницького міськрайонного суду Вінницької області від 10.10.2013 року у справі № 149/2847/13-ц за позовом Особа_4 до Хмельницької міської ради Вінницької області, Реєстраційної служби Хмельницького міськрайонного управління юстиції Вінницької області про визнання недійсними рішення та правовстановлюючого документа // Єдиний державний реєстр судових рішень — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34109064>.

(ст. ст. 216, 1212 Цивільного кодексу України). Задоволення такого позову буде підставою для внесення до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно відповідних змін, які призведуть до повернення ситуації у первісний стан. Позивач же відновить своє право на безоплатну приватизацію земельної ділянки (ст. 121 Земельного кодексу України) і зможе його реалізувати відносно іншої ділянки.

У разі якщо земельну ділянку зареєстровано з накладкою на існуючу ділянку (умовно назовемо її першою) і право власності на неї зареєстровано за іншою особою (не власником першої ділянки), може скластися враження, що володіння земельною ділянкою (якщо розуміти володіння як “адресоване невизначеному колу осіб волевиявлення щодо присвоєння речі” у формі реєстрації відповідного права²⁸) мають два суб'єкти. Втім, це суперечить самій природі володіння як “волевиявлення щодо присвоєння”. Права власників будуть взаємно оспорюватися, тому належним способом захисту у такій ситуації повинне бути визнання права. У розглянутій вище ситуації (коли власник земельної ділянки звертався з позовом про визнання недійсними рішення про надання йому земельної ділянки у власність та державного акта) такий позов був доступний для власника земельної ділянки, на ділянку якого накладалася ділянка позивача.

У випадку, коли корегування меж земельної ділянки справить вплив на опис земельних ділянок інших осіб, вимога про визнання права буде належним способом захисту завжди. Відповідачами за цим позовом повинні бути суміжні землевласники та землекористувачі, на опис земельних ділянок яких справить вплив корегування меж. Суть позовної вимоги (а відповідно, і рішення суду) повинна зводитися до визнання права на земельну ділянку з “правильним” описом. Рішення суду повинне бути безпосередньою підставою для корегування відомостей Державного земельного кадастру (в порядку ч. 5 ст. 37 Закону України “Про Державний земельний кадастр”) і, автоматично, Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

До Державного земельного кадастру досить часто вносяться земельні ділянки “поверх” вже сформованих, але не внесених до Державного земельного кадастру. Відповідно до п. 2 розділу VII Закону України “Про Державний земельний кадастр” земельні ділянки, право власності (користування) на які виникло до 2004 року, вважаються сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера (а отже, і належного внесення до Державного земельного кадастру опису їхніх меж).

Водночас, внесення до Державного земельного кадастру опису земельної ділянки поверх вже сформованої (але не внесеної до Державного земельного кадастру) ділянки без передачі земельної ділянки іншій особі (така ситуація

28 Мірошниченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: віндикування, реституція, кондикація, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. — 2012. — № 16 (3”2012). — С. 8.

згідно з чинним законодавством можлива, оскільки державна реєстрація земельної ділянки передує її передачі у власність та користування згідно зі ст. 118 та 123 Земельного кодексу України) зачіпає лише права власника ділянки, не внесеної до Державного земельного кадастру. Адже при спробі такого внесення власник неминує стикнеться з проблемою накладки. У цьому разі за відсутності реєстрації права на ділянку чи її частину за іншою особою, на мій погляд, він буде змушений захищатися в порядку адміністративного судочинства, отримавши відмову у реєстрації своєї земельної ділянки, посилаючись на ліберальне тлумачення ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр” (див. вище).

Загалом заслуговує на увагу загальне питання про те, яке правове значення має опис меж земельної ділянки у кадастрі. На мій погляд, сам факт існування накладок, а також аналіз шляхів їх подолання підтверджує ту обставину, що опису меж земельної ділянки у кадастрі не можна надавати беззаперечного значення. Незважаючи на те що законодавство (ст. 79–1 Земельного кодексу України, ст. 24 Закону України “Про Державний земельний кадастр”) зробило спробу абсолютизувати значення внесення земельної ділянки до кадастру (“державної реєстрації земельної ділянки”), встановивши, що земельна ділянка як об’єкт права виникає лише після її внесення до кадастру, таку спробу навряд чи можна визнати цілком успішною.

Земельна ділянка — це все-таки фізичний об’єкт із конкретним місцем розташування, а його опис у кадастрі — це ні що більше, як спроба його відображення, що, як було показано вище, неминує характеризуватися похибками та помилками. Крім того, з точки зору цивільного права опис земельної ділянки (її меж) — це не більше, ніж характеристика відповідного права.

Так само не варто абсолютизувати значення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, у тому числі земельні ділянки. Реєстрація прав (яка спирається на характеристики об’єктів у кадастрі) — це лише засіб (причому не єдиний) оголошення прав невизначеному колу осіб²⁹.

Правильно зрозуміти юридичну природу опису земельної ділянки у кадастрі дозволить низка зарубіжних прикладів.

Резолюція дирекції Ордену геодезистів Канади спеціально наголошує, що координати, отримані з кадастрового плану, можуть давати лише наближене уявлення про те, де саме знаходиться межа ділянки³⁰.

В Італії для посвідчення права власності на нерухомість використовуються звичайні завірені ксерокопії (на звичайному міліметровому папері) планів, зроблених десятки років тому, які визначають розташування ділянки. Про

29 Мірошніченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. — 2012. — № 16 (3”2012). — С. 9 та ін.

30 “Точність” в кадастрі // Форум землевпорядників України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=300>.

жодну мікрометричну точність у такому випадку не йдеться. Процедура посвідчення триває лише кілька хвилин³¹.

З урахуванням викладеного можна примиритися з хибною, на перший погляд³², вітчизняною практикою “саджання” земельних ділянок (при їх державній реєстрації та внесенні до Національної кадастрової системи) на вже зареєстровані ділянки (навіть такі, які внесені до Державного земельного кадастру з помилками)³³. Адже, як слушно вказує В.В. Чернов, для власника (іншими словами — для цілей оголошення права) важливе відносне положення ділянки стосовно інших об'єктів, а не абсолютні координати³⁴.

Абсолютизація даних Державного земельного кадастру призводить до вкрай негативного явища — підризу стабільності титулів на землю, на що звертають увагу фахівці-практики³⁵.

Таким чином, навіть в умовах чинного законодавства дані Державного земельного кадастру слід сприймати лише як одне (не єдине і не абсолютне) джерело інформації про земельну ділянку. Іншими джерелами є, перш за все, матеріали зйомки земельної ділянки та проектна документація.

Висновки

Доцільно відмовитися від механізму державної реєстрації земельних ділянок. Земельні ділянки як об'єкт прав повинні ідентифікуватися шляхом внесення даних до Державного земельного кадастру за повідомним принципом. Дані Державного земельного кадастру про координати меж земельних ділянок повинні бути загальнодоступними.

Використана література

1. “Точность” в кадастре // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=25>.
2. 15-та Міжнародна науково-технічна конференція “Геофорум-2010” // Українське товариство геодезії і картографії.— [Електронний ресурс].—

31 “Точность” в кадастре // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750&start=200>.

32 Запуск УСК 2000 // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=4853&start=616>.

33 Як боротись з накладками? // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985&start=75>.

34 Як боротись з накладками? // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985&start=75>; “Точность” в кадастре // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5750>.

35 Допустима накладка меж земельних ділянок. Системи координат. “Публічність” даних про земел // Форум землеустроителей Украины.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://smtp.zemres.com/forum/viewtopic.php?f=41&t=1262&start=60>.

- Режим доступу: <http://utgk.com.ua/node/111>.
3. Cadastre for Land Registration // Swedsurvey.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.swedesurvey.se/zh-hans/node/165>.
4. First Cadastre Project. Overview // World Bank.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.worldbank.org/projects/P035771/first-cadastre-project?lang=en>.
5. Infolot // Навколо Геодезичний блог // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://geo-espace.blogspot.ca/2013/01/infolot.html>.
6. Serhiy Kubakh. A system of cadastre, or a register of title? What we are creating, and for whom // Razumkov Centre.— National security & defence.— 2011.— # 6.— С. 44–47 // [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://www.razumkov.org.ua/eng/files/category_journal/NSD124_eng_4.pdf.
7. Допустима накладка меж земельних ділянок. Системи координат. “Публічність” даних про земел // Форум землевпорядників України.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=1262>.
8. Зазуляк П. М., Гавриш В. І. Євсєєва Е. М., Йосипчук М. Д. Основи математичного опрацювання геодезичних вимірювань: Навчальний посібник.— Львів: Видавництво “Растр-7”, 2007.— 408 с.
9. Запуск УСК 2000 // Форум землевпорядників України.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=4853&start=616>.
10. Інвентаризація землі // Форум землевпорядників України.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=4264&start=150>.
11. Колотинская Е. Н. Правовые основы земельного кадастра в России.— М.: Изд-во МГУ, 1968.— 270 с.
12. Мірошніченко А. М. Обрання належного способу захисту прав на земельні ділянки // Адвокат.— 2011.— № 1 (124).— С. 26–31.
13. Мірошніченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України.— 2012.— № 16 (3”2012).— 24 с.
14. Публічна кадастрова карта // Форум землевпорядників України.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=5374&start=550>.
15. Рішення Хмельницького міськрайонного суду від 11.12.2012 року у справі № 2218/22540/2012 за позовом ОСОБА_2 до Шумовецької сільської ради про визнання недійсними промірів земельної ділянки // Єдиний державний реєстр судових рішень.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28393304>.

16. Рішення Хмельницького міськрайонного суду Вінницької області від 10.10.2013 року у справі № 149/2847/13-ц за позовом Особа_4 до Хмельницької міської ради Вінницької області, Реєстраційної служби Хмельницького міськрайонного управління юстиції Вінницької області про визнання недійсними рішення та правовстановлюючого документа // Єдиний державний реєстр судових рішень — [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34109064>.
17. Тендер на інвентаризацію земель міської ради // Форум землевпорядників України.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=3977>.
18. Як боротись з накладками? // Форум землевпорядників України.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zemres.com/forum/viewtopic.php?t=2985>.

Марусенко Р. І.,

*к. ю. н., доцент кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Реформування системи реєстрації прав на нерухоме майно: завершення чи початок?

**Реформирование системы регистрации прав
на недвижимое имущество: завершение или начало?**

**Reforming the System of Rights in Rem to Immovable
Property Registration: Conclusion or Beginning?**

Анотація

Аналізуються зміни системи реєстрації прав на нерухомість, їх передумови та наслідки. Робиться висновок про неефективність окремих обраних методів вдосконалення процедури гарантування прав. Висловлюються аргументи на користь того, що кардинальна зміна моделі гарантування прав на нерухоме майно сама по собі не є панацеєю та не покращить стан правореалізації у досліджуваній сфері. Стверджується, що вирішення наявних проблем не лише знаходиться у площині вибору концептуальної моделі гарантування прав, але й включає комплекс заходів щодо вдосконалення організаційної структури, системи взаємодії суб'єктів та інших складових.

Ключові слова: *нерухоме майно, державна реєстрація прав на нерухоме майно, реформа*

Аннотация

Анализируются изменения системы регистрации прав на недвижимость, их причины и последствия. Делается вывод о неэффективности отдельных методов совершенствования процедуры гарантирования прав. Высказываются аргументы в пользу позиции о том, что кардинальные изменения модели гарантирования прав на недвижимое имущество сами по себе не являются панацеей и не улучшат состояния правореализации в исследуемой сфере. Утверждается, что решение существующих проблем не только лежит в плоскости выбора концептуальной модели гарантирования прав, но и включает комплекс мероприятий по совершенствованию организационной структуры, системы взаимодействия субъектов, а также другие составляющие.

Ключевые слова: *недвижимое имущество, государственная регистрация прав на недвижимое имущество, реформа*

Summary

Recent changes of legislation in the field of registration of rights in rem as well as their prerequisites and consequences are analyzed. Conclusion on inefficiency of chosen methods of improvement of rights guaranteeing procedure is made. It is also stated that radical change of rights guaranteeing model itself is not a solution and can't solve problems in the sphere of realization of rights specified. Solution can be found in complex decisions that will include not

only decision about model selection, but also such measures as improvement of structure, cooperation between different bodies, etc.

Key words: *real estate, state registration of rights in rem, reform*

Система гарантування прав на нерухомість останнім часом зазнає чергових змін. Зокрема, зміни торкнулися системи органів, що обслуговують реєстраційні процедури, і стосуються передачі функцій Державної реєстраційної служби Міністерству юстиції України¹. У зв'язку з цим не вщухають дискусії щодо ефективності тих чи інших перетворень як інституційного, так і процедурного характеру. Оцінки ефективності діючої системи ранжуються від стриманих до радикально критичних².

У зв'язку з цим висловлюються думки щодо запровадження нових моделей та механізмів замість наявних. Слід зазначити, що окремі пропонувані фахівцями зміни передбачають повернення до моделей правового регулювання, які вже мали місце в новітній історії України. Наприклад, фахівцями зазначається, що "...функції Державної реєстраційної служби мають бути поступово передані місцевим органам самоврядування..."³. Не так давно від цієї моделі, яка існувала тривалий час, було вирішено відмовитись на користь централізації системи органів реєстрації та передачі відповідних повноважень спеціалізованому суб'єктові⁴. Вади координації та відсутність централізованого збору інформації в такій системі відчужаються і понині. Окремим наслідком, що потребує аналізу, слід вважати те, що органи місцевого самоврядування перебиратимуть на себе ще одну функцію держави.

З викладеного постає питання про причини неможливості переходу від стану перманентного "реформування" до стабільної діяльності в межах обраної та впровадженої моделі гарантування прав та про наслідки таких постійних циклічних змін. Також видається важливим проаналізувати останні зміни та перспективи перетворень у зазначеній сфері в контексті дуже бажаного завершення процесу реформування системи гарантування прав на нерухоме майно.

Постанова КМУ "Питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції" від 21 січня 2015 року № 17 причинами останніх організаційних змін визначає такі⁵:

- 1 Постанова КМУ "Питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції" від 21 січня 2015 року № 17 // Урядовий кур'єр №15 від 28.01.2015.
- 2 Земельно-реєстраційна реформа набирає обертів // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.gazeta.lviv.ua/law/25378>; Рипенко А. Минюст и его службы без коррупции: предложения // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://blog.liga.net/user/aripenko/article/17140.aspx>.
- 3 Державна виконавча та реєстраційна служби будуть ліквідовані, — Наталія Севостьянова // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46653>.
- 4 п. п. 10, п. "б" ст. 30 та п. п. 2, п. "б" ст. 33 первинної редакції ЗУ "Про місцеве самоврядування в Україні" // Відомості Верховної Ради України від 25.06.1997.— № 24, стаття 170.
- 5 Постанова КМУ "Питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції" від 21 січня 2015 року № 17 // Урядовий кур'єр № 15 від 28.01.2015.

- необхідність оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції;
- потреба у раціональному використанні бюджетних коштів, в тому числі шляхом вжиття заходів щодо скорочення чисельності працівників цих органів на 20 відсотків.

Проаналізуємо ці причини. Щодо оптимізації діяльності можна стверджувати, що побудова нової системи органів потребуватиме виокремлення нових посад в органі, якому передано реєстраційні функції, або збільшення навантаження на вже наявні. За умови збереження чинної процедури реєстрації технічно ми отримуємо таку ж кількість задіяних посадовців, проте в іншому державному органі. Щоправда, виникне необхідність перерозподілу коштів на оплату їхньої праці, розробки нових посадових інструкцій та положень тощо. А це потребує людських ресурсів, часу і оплати цієї роботи, що оптимізацією вважати важко. Збільшення кількості задіяного персоналу мало ймовірно, оскільки вступає в протиріччя з наступною причиною оптимізації — необхідністю скорочення штату працівників.

Власне скорочення чисельності працівників також навряд чи може вважатись обґрунтованою причиною заміни одного органу реєстрації іншим. Без корегування процедури та обсягу виконуваної реєстраторами роботи збільшення навантаження на кожного з них навряд чи є доцільним, адже завантаженість останніх на практиці є досить високою, про що зауважував міністр юстиції⁶. На цьому ж наголошує і Укрдержреєстр: "...зменшено чергу заяв, які підлягають розгляду державними реєстраторами Укрдержреєстру, у 6 разів (з 6000 до 1000)"⁷. Отже, стає очевидним, що сама лише заміна однієї структури на іншу до покращення обслуговування навряд чи призведе, як не змінилась свого часу ситуація з наданням послуг внаслідок передачі повноважень від БТІ до Укрдержреєстру⁸.

Щодо організаційних аспектів функціонування системи вказується, що "...ми оптимізуємо роботу і усуємо надмірну кількість керівників у системі юстиції... в системі 1 керівник на 9 працівників. Працювати немає кому — всі керують"⁹. Викладене підтверджує наявність невирішених проблем у побудові управлінської структури. Очевидно, що заміна одного органу іншим, а так само передача реєстраційних повноважень одними суб'єктами іншим ніяк не змінять становища, це різні питання.

6 Мін'юст ініціює низку рішень щодо спрощення реєстрації прав на нерухоме майно // [Електронний ресурс] <http://www.minjust.gov.ua/news/45385>.

7 Перші кроки реформування Державної реєстраційної служби України: результати роботи та нові ініціативи [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.drsu.gov.ua/show/12765>.

8 Ліквідація Бюро технічної інвентаризації (БТІ) спричинила затишення на ринку нерухомості та появу черг у нових структурах — органах державної реєстрації прав. // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://ua.racurs.ua/news/6787-notarijusy-berut-za-reiestraciu-nerukhomosti-vtrydoroga>.

9 Державна виконавча та реєстраційна служби будуть ліквідовані, — Наталія Севостьянова // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46653>.

Крім того, можна спостерігати деяку непослідовність інших заходів реформування. Приміром, постановою КМУ від 21 січня 2015 року № 17 Державну реєстраційну службу визначено ліквідувати. Водночас двома тижнями пізніше Укрдержреєстр планує подальшу діяльність та формалізує відповідні домовленості¹⁰.

Суперечливість можна прослідкувати і у визначенні пріоритетів у короткостроковій перспективі. За словами колишнього очільника міністерства юстиції, *“...ця система довела свою ефективність і стала предметом вивчення інших держав, зокрема, Грузія використовує український досвід роботи реєстраційних служб...”*. Більше того, її створення тривало 12 років¹¹, що, очевидно, потребувало окрім часу та зусиль ще й чималих фінансових ресурсів.

Примітно, що вже нинішній міністр характеризує ту ж саму систему як таку, *“...що не сприяє нормальному та ефективному управлінню системи юстиції...”*. При цьому посилання зроблено на тих самих грузинських колег¹².

У частині фінансування також суперечливим видається наголос на скороченні штату та водночас збільшенні оплати праці реєстраторів. За таких заходів задекларована оптимізація видатків може й не відбутися. Ще більше питань у сфері фінансового забезпечення виникає щодо ініціативи з передачі частини функцій реєстраційної служби місцевим органам влади. Якщо створення наявної донедавна системи потребувало більше десяти років, то, вочевидь, створення робочих місць на місцях, навчання працівників, матеріальне та технічне забезпечення, розробка та впровадження нормативної складової діяльності нових реєстраторів також потребуватиме чималих ресурсів.

Окрім згаданих змін, які вже імplementовані, науковці пропонують відійти від наявної моделі гарантування прав, яка пов'язує момент виникнення права з його реєстрацією та передбачає обов'язковість останньої¹³. Фактично пропонується запровадження системи реєстрації актів замість реєстрації титулів.

На наш погляд, це матиме принаймні два наслідки — відхід від декларованої і нарешті впровадженної системи вільного доступу до єдиної бази даних про зареєстровані права та необхідність створення з самого початку системи, відмінної від нинішньої (включаючи нормативне забезпечення її функціонування). І це при тому, що наявна система протягом останніх років постійно вдо-

10 В Укрдержреєстрі обговорили питання облаштування фронт-офісів державних реєстраторів у відділеннях АТ “Ощадбанк” [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.drstu.gov.ua/show/14284>.

11 Мін'юст завершив створення служби держреєстрації нерухомості і землі // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://ua.racurs.ua/news/9873-min-ust-zavershyv-stvorenniya-slujby-derjreiestraciyi-neruhomosti-i-zemli>.

12 Павло Петренко ознайомив керівників органів юстиції з планами реформування // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.minjust.gov.ua/news/46652>.

13 Рипенко А. Минюст и его службы без коррупции: предложения // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://blog.liga.net/user/aripenko/article/47140.aspx>.

сконалювалась і поступово позбувається ряду недоліків¹⁴. Вочевидь, цей етап чекатиме на і нову модель реєстрації, впровадження якої наразі лише пропонується.

Стосовно зміни системи реєстрації титулів на систему реєстрації актів слід також зауважити, що у світі обидві довели свою ефективність. Більше того, подекуди система реєстрації титулів розглядається як органічне продовження еволюції системи реєстрації актів¹⁵ або як досконаліший варіант порівняно із системою реєстрації актів¹⁶.

Більшість систем гарантування прав на нерухоме майно вкладаються у згадані два різновиди (реєстрації актів та реєстрації титулів) з певними умовностями. Водночас ряд дослідників оперують лише цими узагальнюючими категоріями, що приводить їх до висновку: якщо функціонування системи реєстрації титулів виявилось неефективним, то її слід змінити на іншу — систему реєстрації актів. Звісно, в літературі та практиці можна знайти багато доказів ефективності обраної системи. Проте слід бути об'єктивним і не полишати в тіні аргументи, які підтверджують ефективність іншої системи гарантування прав. Звідси маємо невітінний висновок — обидва різновиди системи гарантування прав можуть бути ефективними за належної реалізації, і проста заміна одного різновиду на інший проблеми не вирішить.

На підтвердження такої думки багатьма дослідниками наголошується, що не можна вести мову про більшу чи меншу іманентно притаманну певній моделі ефективність. Ефективність функціонування системи гарантування прав на нерухоме майно в межах конкретного правопорядку буде залежати не тільки від обраної моделі, але й від детально розробленого законодавчого регулювання, яке дозволяє визнавати та гарантувати права, та від якісної взаємодії та злагоджених дій професіоналів, які цю модель реалізують (реєстратор, нотаріус, землевпорядник тощо)¹⁷.

Отже, оскільки проблема реформування системи реєстрації прав на нерухоме майно не може однозначно розглядатись як вузькоспеціальна — як проблема вибору системи реєстрації титулів чи актів / централізації чи децентралізації управлінських структур, то питання є багатофакторним і потребує міждисциплінарного підходу. При цьому важливим є встановлення чіткої кореляції наслідків, які ми плануємо усунути, з імовірною причиною, на яку ми списуємо

14 З 12 лютого 2014 року вступив у силу новий порядок державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.drsu.gov.ua/show/12402>.

15 Zevenbergen J. *Systems of Land Registration. Aspects and Effects.* — p. 59 // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.ncgeo.nl/phocadownload/51Zevenbergen.pdf>.

16 Henssen J. *Basic principles of the main cadastral systems in the world* // [Електронний ресурс] — Режим доступу — https://www.fig.net/commission7/reports/events/delft_seminar_95/paper2.html.

17 Henssen J. L. G., Williamson I. P. *Land registration, cadastre and its interaction — a world perspective* // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.csdila.unimelb.edu.au/publication/misc/anthology/article/artic5.htm>

ці шкідливі наслідки. Якщо такий зв'язок лише зовнішній, недоведений чи включає інші фактори — заплановані перетворення не призведуть до позитивного ефекту. Так, приміром, автомобіль заводиться поворотом ключа. Якщо одного разу він не завівся, ми можемо дійти висновку, що ключ перестав працювати і причина саме в ньому. Такий висновок враховує лише поверхові уявні зв'язки. В той же час розуміння принципів роботи автомобіля приведе нас до інших висновків і до множинності ймовірних причин поломки, жодна з яких не може вважатись єдиною вірною без проведення ретельного аналізу.

Отже, для формулювання справді релевантних висновків аналіз ефективності функціонування системи гарантування прав на нерухоме майно повинен не лише охоплювати один зовнішній компонент системи, але й поширюватись принаймні на викладені нижче компоненти.

Гарантування прав на нерухоме майно включає в себе такі основні *підсистеми*, як підсистема опису об'єктів нерухомості (площа, поверховість будівель та споруд, їх класифікація та ін., опис меж земельних ділянок, їх цільове призначення тощо) та підсистема обліку прав (характеристика права, момент його виникнення, опис суб'єкта права).

Інституційними складовими є державні органи реєстрації прав та власне реєстратори, недержавні реєстратори (нотаріуси, в перспективі посадові особи органів місцевого самоврядування), суб'єкти, що беруть участь у процедурі набуття та переходу прав (при формуванні, створенні нового об'єкта права, переході прав на них тощо), суб'єкти, що забезпечують формування об'єктивних даних про об'єкт права (суб'єкти землевпорядної діяльності та пов'язані з контролем за створенням об'єктів архітектури), суб'єкти, які забезпечують функціонування відповідних баз даних, звірку та обіг необхідних відомостей.

Система взаємодії між згаданими суб'єктами, комунікації та передачі даних також є великим фактором ризику, адже дублювання та нестиковки процедури нерідко призводять до неможливості здійснення окремих дій, а також необхідності подання одних і тих самих документів кільком владним суб'єктам, що мають можливість взаємодіяти між собою напряму.

Блок *ідентифікації об'єктів прав*, який включає в себе однозначне нормативне означення об'єктів прав, їх диференціацію та відмежування від інших подібних речей, унікальну ідентифікацію, визначення істотних та достатніх характеристик, необхідних для індивідуалізації об'єкта та права на нього, створення та підтримання релевантної для опису об'єктів системи координат тощо.

Блок впровадження *основних принципів гарантування прав*, без яких така система втрачає сенс, — принципи внесення (запису про наявність та перехід прав), публічності (доступу до інформації про режим об'єктів), реєстрації (титулу чи правочину). Крім того, залежно від обраної моделі реєстрації можливе впровадження принципів страхування титулу, встановлення граничного терміну, який дозволяє оскарження, безумовної актуальності записів у реєстрі тощо.

Електронна система фіксації, пошуку та надання необхідних даних, включаючи програмне забезпечення, технічні ресурси, персонал для підтримання її функціонування в належному стані. Від цього компонента залежить можливість оперативної взаємодії суб'єктів, залучених до процесу фіксації чи надання відомостей, можливість переводу попередньо зібраних у паперовому форматі даних в електронний формат, а отже — реалізація таких принципів, як публічність, актуальність даних тощо. До цієї системи можна віднести і верифікацію даних, внесення останніх до електронних реєстрів, що внаслідок великих витрат часу навіть при створеній електронній системі обліку прав призводить до її неповноти, а тому нівелює сам факт її існування¹⁸.

Не останнім за важливістю є врахування *соціальних факторів*, які нерідко ігноруються при розробці моделі майбутньої системи, проте істотно впливають на її ефективність. Це кількість фронт-офісів та їх розташування відносно місць розселення та співвіднесення з кількістю потенційних правоволодільців та ймовірним обсягом роботи. Крім того, це розрахунок обсягу роботи реєстраторів, їхньої кваліфікації та можливості якісного виконання покладених на них обов'язків, адже ігнорування такого фактору призводить, з одного боку, до зловживань, а з іншого — до перевантаження та зниження ефективності роботи.

До цього блоку умовно можна віднести і підбір фахівців, здатних працювати на певних посадах. І там, де юрист бачить проблему у правовому регулюванні, спеціаліст з підбору персоналу — у моральних чи професійних якостях особи¹⁹.

Дослідження потребує і накладання формальних взаємовідносин, визначених нормативно, та неформальних, окреслених звичаями. Невизнання державою таких узвичаєнь як джерел права не тотожне їх відсутності. Так, взаємовідносини кумів не описані навіть у ЗУ “Про засади запобігання і протидії корупції”, в той час як вони породжують неправові, а подекуди протиправні, звичаї, частина з яких є корупційними проявами, а тому є поштовхом до реформування системи.

Закономірності функціонування системи підпорядкування персоналу, виявлені С. Мілгремом, Ф. Зімбардо тощо також можуть створити “проблеми”, якщо їх проігнорувати при створенні системи. І заміна працівників у такій системі на будь-яких інших об'єктивно нічого не дасть, адже проблема буде в іншій площині, яку повинен знати не юрист, що розробляє положення про порядок здійснення реєстраційних дій, а інші фахівці.

Фінансова складова, що передбачає обґрунтування розмірів оплати за здійснення тих чи інших дій. Відсутність оплати, а так само її запровадження без обґрунтування необхідних сум, витратної частини тощо також призводить до

18 Чаплинський Д. Про користь кривих рук або як працює реєстр нерухомого майна // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.pravda.com.ua/columns/2015/01/5/7054208/>

19 Мін'юст оголосив конкурс на 47 вакансій керівників у системі юстиції // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46745>.

зловживань, а також не сприяє самоокупності та підвищенню ефективності роботи усієї системи²⁰.

Із приводу підвищення оплати праці²¹, що за задумкою авторів пропозиції має покращити мотивацію і допомогти уникнути негативних наслідків, також слід вказати, що питання є комплексним. Чи досліджувались при цьому, наприклад, фактори, якими вже понад століття користуються приватні компанії і які описані в дослідженнях Йерксона — Додсона? Питання риторичне.

Правове забезпечення кожної з викладених вище складових є важливим, проте, як видно з проведеного аналізу, не єдиним компонентом системи. Лише після отримання висновків фахівців з кожної з попередніх складових та розробки детального та обґрунтованого алгоритму функціонування кожного компонента юрист може приступити до опису необхідних процедур та розробки нормативного підґрунтя майбутньої системи. Без цього ухвалення будь-якого закону хоча і призведе до появи нових загальнообов'язкових приписів, проте останні не будуть ефективними і потребуватимуть подальших змін або навіть скасування. Механічне ж перенесення моделей, що діють в інших країнах, також із великою ймовірністю призведе до аналогічних наслідків, оскільки це буде лише один компонент — правове забезпечення з ігноруванням інших компонентів системи, згаданих вище.

Реформування останнього компонента можливе шляхом підвищення ефективності у системі правореалізації, а не лише скасування наявних процедур і запровадження протилежних за змістом. Так, у контексті встановлення односторонніх та несуперечливих правил і усунення протиріч у системі правових норм наявні суперечності, про які вже неодноразово зауважували теоретики та практики. "...Однією з пріоритетних функцій реєстраційної служби повинно стати створення дієвої системи контролю за якістю прийнятих рішень у сфері реєстрації", — справедливо стверджують фахівці²². Не секрет, що саме спотворена система контролю та відповідальності призводить до численних зловживань у внутрішній структурі Мін'юсту та інших органів, на масштаби яких звертає увагу і саме міністерство. Цей напрям не перший рік перебуває на стадії бажаного, а не дійсного: "...розпочинаємо активну боротьбу з корупцією..."²³, міністерством вже затверджувались рекомендації з цього питання²⁴, щорічно

20 Чаплинський Д. Про користь кривих рук або як працює реєстр нерухомого майна // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.pravda.com.ua/columns/2015/01/5/7054208/>.

21 Павло Петренко ознайомив керівників органів юстиції з планами реформування // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.minjust.gov.ua/news/46652>.

22 В Укрдержреєстрі обговорили з громадськістю Концепцію реформи системи реєстрації прав на нерухомість // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46676>.

23 Мін'юст жорстко реагуватиме на всі факти корупції, — Павло Петренко [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46685>.

24 Методичні рекомендації "Запобігання і протидія корупції в державних органах та органах місцевого самоврядування" від 16.10.2013 // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://>

публікуються звіти Про результати проведення заходів щодо запобігання і протидії корупції, розроблено Концепцію реформування системи запобігання корупції в Україні²⁵ тощо. Очевидно, що усунення таких недоліків є нагальним, проте не обов'язково потребує зміни концепції гарантування прав, і навпаки — зміна моделі сама по собі їх не усуне.

З усього викладеного вище можна зробити такі висновки.

1. Реформування системи гарантування прав на нерухоме майно не повинне бути перманентним процесом, мусить мати завершення і перехід до стану поточного функціонування.
2. Пропозиції щодо зміни системи далеко не завжди корелюють з недоліками у роботі системи, і тому вони далеко не завжди здатні покращити ситуацію. Заміна однієї моделі гарантування прав на іншу не видається панацеєю, адже кожна з таких моделей має власні переваги і може бути ефективною, що доводить досвід інших країн світу.
3. Виправлення недоліків наявної системи, а так само розробка та впровадження нової можуть бути здійснені виключно з урахуванням комплексного характеру питання та на підставі аналізу усіх складових відповідними спеціалістами. При цьому виключно процедурний шлях із залученням лише правників — зміна правового регулювання шляхом розробки нової процедури без урахування таких факторів — може не призвести до бажаного ефекту або навіть погіршити ситуацію.

Література

1. Henssen J. Basic principles of the main cadastral systems in the world // [Електронний ресурс] — Режим доступу — https://www.fig.net/commission7/reports/events/delft_seminar_95/paper2.html.
2. Henssen J. L. G., Williamson I. P. land registration, cadastre and its interaction — a world perspective // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.csdila.unimelb.edu.au/publication/misc/anthology/article/artic5.htm>.
3. Zevenbergen J. Systems of Land Registration. Aspects and Effects. — p. 59 // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.ncgeo.nl/phocadownload/51Zevenbergen.pdf>.
4. В Укрдержреєстрі обговорили з громадськістю Концепцію реформи системи реєстрації прав на нерухомість // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46676>.

zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0020323-13; Запобігання корупції в органах державної влади шляхом проведення спеціальної перевірки, Роз'яснення від 19.07.2012 // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0028323-12>.

²⁵ Концепція реформування системи запобігання корупції в Україні // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/47773>.

5. В Укрдержреєстрі обговорили питання облаштування фронт-офісів державних реєстраторів у відділеннях АТ “Ощадбанк” [Електронний ресурс] — Режим доступу — // <http://www.drsu.gov.ua/show/14284>.
6. Державна виконавча та реєстраційна служби будуть ліквідовані, — Наталія Севостьянова // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46653>.
7. З 12 лютого 2014 року вступив у силу новий порядок державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.drsu.gov.ua/show/12402>.
8. Земельно-реєстраційна реформа набирає обертів // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.gazeta.lviv.ua/law/25378>.
9. Концепція реформування системи запобігання корупції в Україні // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/47773>.
10. Ліквідація Бюро технічної інвентаризації (БТІ) спричинила затишшя на ринку нерухомості та появу черг у нових структурах — органах державної реєстрації прав // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://ua.racurs.ua/news/6787-notarijusy-berut-za-reiestraciu-neruhomosti-vtrydoroga>.
11. Методичні рекомендації “Запобігання і протидія корупції в державних органах та органах місцевого самоврядування” від 16.10.2013 // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0020323-13>.
12. Запобігання корупції в органах державної влади шляхом проведення спеціальної перевірки, Роз'яснення від 19.07.2012 // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0028323-12>.
13. Мін'юст жорстко реагуватиме на всі факти корупції, — Павло Петренко [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46685>.
14. Мін'юст завершив створення служби держреєстрації нерухомості і землі // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://ua.racurs.ua/news/9873-min-ust-zavershyv-stvorennnya-slujby-derjreiestraciyi-neruhomosti-i-zemli>.
15. Мін'юст ініціює низку рішень щодо спрощення реєстрації прав на нерухоме майно // [Електронний ресурс] <http://www.minjust.gov.ua/news/45385>.
16. Мін'юст оголосив конкурс на 47 вакансій керівників у системі юстиції // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.minjust.gov.ua/news/46745>.
17. п. п. 10, п. “б” ст. 30 та п. п. 2, п. “б” ст. 33 первинної редакції ЗУ “Про місцеве самоврядування в Україні” // Відомості Верховної Ради України від 25.06.1997. — № 24, стаття 170.
18. Павло Петренко ознайомив керівників органів юстиції з планами

- реформування // [Електронний ресурс] — Режим доступу <http://www.minjust.gov.ua/news/46652>.
19. Перші кроки реформування Державної реєстраційної служби України: результати роботи та нові ініціативи [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.drsu.gov.ua/show/12765>.
 20. Постанова КМУ “Питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції” від 21 січня 2015 року № 17 // Урядовий кур'єр № 15 від 28.01.2015.
 21. Рипенко А. Минюст и его службы без коррупции: предложения // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://blog.liga.net/user/aripenko/article/17140.aspx>.
 22. Чаплинський Д. Про користь кривих рук або як працює реєстр нерухомого майна // [Електронний ресурс] — Режим доступу — <http://www.pravda.com.ua/columns/2015/01/5/7054208/>.

Мірошниченко А. М.,

*д. ю. н., проф. кафедри земельного та аграрного права
юридичного факультету Київського національного університету
імені Тараса Шевченка член Вищої ради юстиції України*

Вдосконалення правового забезпечення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно

**Усовершенствование правового обеспечения
государственной регистрации вещных прав
на недвижимое имущество**

**Improving Legal Basis for the State Registration
of in Rem Titles to Immovable Property**

Анотація

На основі аналізу вітчизняного та зарубіжного досвіду побудови та функціонування системи реєстрації речових прав на нерухоме майно зроблено висновок, за яким оптимальна для України модель реєстраційної системи не повинна передбачати ні прив'язки виникнення речового права до державної реєстрації, ні будь-якої перевірки законності передачі права реєструючим органом. Особа, яка покладалася на реєстрацію, повинна вважатися добросовісним набувачем і набувати титул навіть у випадку, якщо вона придбає його не від належного суб'єкта, в усіх випадках оплатного набуття майна. Держава не повинна брати на себе покриття збитків, яких може бути завдано внаслідок внесення до реєстру відомостей, що не відповідають дійсності.

Ключові слова: *нерухоме майно, речові права, державна реєстрація, добросовісний набувач*

Аннотация

На основании анализа отечественного и зарубежного опыта построения и функционирования системы регистрации прав на недвижимое имущество сделан вывод, согласно которому оптимальная для Украины модель регистрационной системы не должна предусматривать ни привязки возникновения вещного права к государственной регистрации, ни какой-либо проверки законности передачи права регистрирующим органом. Лицо, полагающееся на регистрацию, должно считаться добросовестным приобретателем и приобретать титул даже в случае, если оно приобретает его не от надлежащего субъекта, во всех случаях возмездного приобретения. Государство не должно брать на себя покрытие убытков, которые могут быть причинены в результате внесения в реестр сведений, не соответствующих действительности.

Ключевые слова: *недвижимое имущество, вещные права, государственная регистрация, добросовестный приобретатель*

Summary

Based on Ukrainian and foreign experience of organization and functioning of a system of rights in rem in immovable property registration the conclusion is made, according to which the registration system most preferable for Ukraine is the system, which requires neither state registration as a prerequisite for title transfer, nor any legality assessment of title transfer on behalf of registering authority. A person relying on the register should be considered a bona fide purchaser who obtains a title even if acquired from the wrong person. The state should not assume the function of compensation the injured parties for losses inflicted by wrong registration.

Key words: *immovable property, rights in rem, state registration, bona fide purchaser*

Практично в усіх сучасних країнах світу у тій чи іншій формі запроваджено систему реєстрації прав на нерухоме майно (принаймні індикатор “реєстрація власності” присутній при оцінці всіх 189 країн, включених до індексу Світового банку “Ведення бізнесу” (Doing Business)¹. Це пояснюється тим, що реєстр — зручний спосіб оголошення прав на нерухомість, у багатьох відношеннях набагато зручніший, ніж господарське панування над нею² або використання якихось зовнішніх символів (межових знаків, табличок тощо). А без оголошення прав нормальний оборот нерухомості неможливий.

В Україні систему реєстрації прав на нерухомість у сучасному вигляді запроваджено Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень” від 01.07.2004, який запрацював у повному обсязі лише після кількох змін та викладення в новій редакції з 01.01.2013. Реєстрація речових прав, згідно із Законом, є обов'язковою, більше того, саме з моменту державної реєстрації виникають речові права (ст. 3). Державні реєстратори уповноважені перевіряти “відповідність закону” представлених на реєстрацію документів і відмовляти у державній реєстрації на підставі “невідповідності” (ст. 24 та ін.). Втім, судова практика не вважає державну реєстрацію речових прав беззаперечним доказом їх існування. Також відсутні будь-які спеціальні механізми, що забезпечують відшкодування особам, які потерпіли внаслідок неправильної державної реєстрації.

Загалом існуюча в Україні система державної реєстрації речових прав на нерухоме майно негативно оцінюється бізнесом та суспільством в цілому через її корупційність, обтяжливість та тривалість. Незважаючи на позитивні зміни в порівнянні з 2013 роком (+29 позицій), у 2014 році в рейтингу Світового банку “Ведення бізнесу” (Doing Business) Україна посідає 59-е місце у світі за індикатором “реєстрація власності” (Registering Property), у той час як інша колишня

1 *Doing Business. Measuring Business Regulations.*— World Bank Group // <http://www.doingbusiness.org/rankings>.

2 Мірошниченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // *Часопис Академії адвокатури України.*— 2012.— № 16 (3”2012).— С. 9.

радянська республіка Грузія, посідає за цим індикатором перше місце³. Найвразливіше, на мій погляд, місце існуючої системи реєстрації — це можливість державних реєстраторів оцінювати законність переданих для реєстрації документів, яка часто використовується для відмови у державній реєстрації з використанням дрібних, формальних, а часто взагалі надуманих приводів⁴.

З огляду на це актуальним завданням є вдосконалення існуючого правового регулювання державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, що варто робити, зважаючи на існуючий світовий досвід — як позитивний, так і негативний.

Попри всі відмінності між системами реєстрації прав на землю їх прийнято групувати на дві великі групи — (1) так звану систему реєстрації документів (угод) — англ. *registration of deeds* та (2) систему реєстрації титулів — англ. *registration of titles*.

Перша передбачає внесення до реєстрів відомостей про документи, акти щодо нерухомого майна (договори тощо), не гарантованих державою або недержавною організацією (характерна для Франції, Бельгії, Люксембургу, колишніх французьких колоній, США та інших країн), друга — визнання, підтвердження, захист та гарантування державною *прав* на нерухоме майно, які у багатьох випадках виникають в момент реєстрації⁵.

Система реєстрації титулів також має свої різновиди, серед яких, у свою чергу, виділяють *вотчинну* систему (Німеччина, Австрія, Швейцарія, низка східноєвропейських держав, до яких примикають скандинавські держави та Нідерланди) та *колоніальну* систему Торренса (Австралія, Нова Зеландія, частково — Канада, низка штатів США, низка африканських країн та у модифікованому вигляді — Англія)⁶. Перша із вказаних (також відома під назвою *центральноевропейської*) ґрунтується на принципі “немає реєстрації — немає права” (Австрія, Німеччина, Швейцарія)⁷. Колоніальна система передбачає добровільний характер реєстрації, наслідком якого є гарантування державою достовірності внесених записів⁸.

3 *Doing Business. Measuring Business Regulations.*— World Bank Group // <http://www.doingbusiness.org/rankings>.

4 Див., наприклад, Отказ гос. регистратора в регистрации права собственности — ошибка в свидетельстве на право собств.— ЛІГА. Форуми // <http://forum.liga.net/Messages.asp?did=298523>; Регистрация земельного участка в реестре прав ЛІГА. Форуми // <http://forum.liga.net/Messages.asp?did=275752>; Регистрация права на несколько земельных участков.— ЛІГА. Форуми // <http://forum.liga.net/Messages.asp?did=275014> та ін.

5 Гринько С. В. Правові аспекти реєстрації прав на землю: Монографія.— К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2004.— С. 58.

6 Кирсанов А. Р. Система государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в Российской Федерации: Учебное пособие.— М., 2002.— С. 32–33.

7 Галимова В. М. Правовые проблемы института государственной регистрации прав на объекты нежилого фонда и сделок с ним.— Дис. ... к. ю. н. ... 12.00.03.— М.: Российский государственный гуманитарный институт, 2005.— С. 16–17.

8 Галимова В. М. Гражданско-правовые проблемы института государственной регистрации прав на объекты нежилого фонда и сделок с ним.— Дис. ... к. ю. н. ... 12.00.03.— М.: Российский

Автори, що використовують наведену класифікацію, підкреслюють її умовність. Справді, при детальнішому розгляді помітно, що реєстраційні системи можуть відрізнятися не за одним, а за багатьма параметрами. З іншого боку, відмінності між різними реєстраційними системами можуть бути не такими великими, як видається на перший погляд.

“Гарантування права набувача”

Перш за все при детальному аналізі виявляється, що жодна з реєстраційних систем, у тому числі так звані системи реєстрації титулів, не дає абсолютної гарантії наявності права. Навіть в Австралії, відомій як батьківщина системи реєстрації Торренса і схильністю до максимальної достовірності реєстру, абсолютної достовірності досягти не вдається. Зокрема, умовою захисту особи, зареєстрованої як суб'єкт права, від незареєстрованих прав інших осіб є відсутність “злого умислу” (*fraud*)⁹. Аналогічно за системи реєстрації документів (угод) реєстрація не призводить до виникнення права у недобросовісного набувача, який знав про те, що право належить іншій особі. Зокрема, більшість штатів США встановлюють це правило позитивно (див., наприклад, правила щодо реєстрації, що діють в Масачусетсі¹⁰), проте навіть в тих нечисленних випадках, коли закон встановлюєтак зване правило *race* (дослівно — “гонки”), яке передбачає, що при реєстрації кількох правочинів титул переходить до особи, що здійснила реєстрацію раніше, як, наприклад, у Північній Кароліні¹¹, суди не поширюють його на недобросовісних осіб¹².

З іншого боку, навіть у випадку, коли йдеться про систему реєстрації документів (угод), титул добросовісного набувача (*bona fide purchaser for value*) певною мірою гарантується. Наприклад, у США добросовісні набувачі захищені законами про реєстрацію нерухомості окремих штатів. Хоча правила окремих штатів дещо відрізняються, загалом регулювання слідує принципу *race-notice*, за яким добросовісний набувач набуває титул без дефектів, якщо лише правочин про набуття титулу не було раніше зареєстровано іншим добросовісним набувачем¹³ (див., наприклад, ст. 1214 Цивільного кодексу Каліфорнії¹⁴).

государственный гуманитарный институт, 2005. — С. 22–23.

- 9 Raff M. *Environmental obligations and the western liberal property concept* // *Melbourne University Law Review*. — 1998. — т. 22. — Р. 675; посилання за Мірошниченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // *Часопис Академії адвокатури України*. — 2012. — № 16 (3) 2012. — С. 10.
- 10 *The Commonwealth of Massachusetts. General Laws. Part II. Title I. Chapter 183. Section 4* // <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartII/TitleI/Chapter183/Section4>.
- 11 *North Carolina General Statutes. Chapter 47: Probate and Registration. § 47-18* // http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/HTML/BySection/Chapter_47/GS_47-18.html.
- 12 Чарльз Сунсак (Charles Cszypszak). Приватне повідомлення.
- 13 Чарльз Сунсак (Charles Cszypszak). Приватне повідомлення.
- 14 “Every conveyance of real property or an estate for years therein, other than a lease for a term not exceeding one year, is void as against any subsequent purchaser or mortgagee of the same property, or

Зазначу, що підхід, закріплений у законодавстві США, виглядає більш вдалим, ніж правила ч. 1 ст. 388 Цивільного кодексу України (що застосовується в сукупності зі ст. 330 кодексу), які встановлюють із правила про захист добросовісного набувача низку винятків. Так, майно не переходить у його власність, якщо воно “1) було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння; 2) було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння; 3) вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом”. На мій погляд, встановлення таких винятків є несправедливим та недоцільним: добросовісний набувач є добросовісним “за визначенням”, а власник, можливо, допустив недбалість щодо збереження свого майна. Виключення процитованих винятків із ч. 1 ст. 388 Цивільного кодексу України матиме стимулюючий ефект, оскільки спонукатиме власників ошадливіше ставитися до свого майна. При цьому сучасні комп’ютерні технології дозволяють легко створити режим, за якого власник при мінімальній обачності зможе протидіяти появі фігури добросовісного набувача. Так, система оголошення прав цілком може передбачати повідомлення електронними засобами (текстові повідомлення на мобільний телефон, електронну пошту) у разі, якщо відносно певного об’єкта нерухомості будуть вноситися нові записи про речові права.

В Україні, де, як вважається, діє система реєстрації титулів в її “центральноєвропейському” різновиді¹⁵, попри певну двозначність положень законодавства при їх тлумаченні судова практика виходить із того, що сам лише факт реєстрації права не є беззаперечним доказом його наявності¹⁶.

Підсумовуючи сказане, можна дійти висновку, що насправді при будь-якій системі наявність реєстрації не є абсолютним та беззаперечним доказом наявності права. Причому якщо набувач добросовісний, реєстрація зазвичай свідчитиме про наявність у нього права; якщо ні — не свідчитиме.

Наявність реєстрації як передумова виникнення права

Вище було згадано принцип “немає реєстрації — немає права”, характерний для країн з “центральноєвропейською” реєстраційною системою. Втім, насправді із описаного принципу існує низка винятків, більше того, можна стверджува-

any part thereof, in good faith and for a valuable consideration, whose conveyance is first duly recorded, and as against any judgment affecting the title, unless the conveyance shall have been duly recorded prior to the record of notice of action” (California Civil Code // http://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=2.&title=4.&part=4.&chapter=4.&article=4..

15 Гринько С. В. Правові аспекти реєстрації прав на землю: Монографія. — К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2004. — С. 58.

16 Мірошниченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: віндикування, реституція, кондікування, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. — 2012. — № 16 (3”2012). — С. 5 та ін.

ти, що без існування таких винятків система не може нормально функціонувати. Наприклад, прив'язка моменту виникнення права до його реєстрації буде шкідливою при спадкуванні, реорганізації юридичної особи, переході права на земельну ділянку при відчуженні будівлі або споруди (якщо не відбувається одночасної реєстрації прав на ділянку та збудоване на ній). Показово, наприклад, що, незважаючи на існування норм ст. 181 Цивільного кодексу України та ст. 3 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”, які передбачають правило про виникнення речових прав із моменту їх державної реєстрації, Верховний Суд України тлумачив чинне законодавство у тому сенсі, що право власності на нерухоме майно (у цьому випадку квартиру) переходить до спадкоємця з моменту відкриття спадщини до його державної реєстрації¹⁷. Правило ч. 5 ст. 1268 Цивільного кодексу України, за яким майно належить спадкоємцю з часу відкриття спадщини, цілком справедливо визнано спеціальним.

Навіть у Німеччині, де, як вважається, “центральноєвропейська” реєстраційна система втілена у найбільш “чистому” вигляді, закон, по-перше, допускає винятки із правила про необхідність реєстрації для переходу права на земельну ділянку (§ 1 ст. 873 Цивільного кодексу Німеччини), а по-друге, встановлює лише спростовну презумпцію вірності записів у реєстрі разом із механізмом виправлення хибних записів в реєстрі (ст. ст. 891, 892, 894 Цивільного кодексу Німеччини)¹⁸.

З іншого боку, як система “реєстрації документів (угод)”, так і деякі системи “реєстрації титулів” (включаючи первісний варіант системи Торренса) нормально функціонують без встановлення прив'язки виникнення речових прав на нерухомість до реєстрації (оголошення) цих прав. При цьому реєстрація — це юридичний факт, який робить право чинним відносно третіх осіб, тобто, по суті, перетворює його на повноцінне речове право. Типовим зразком такого підходу є формулювання Загальних законів Масачусетса: за ними передача низки прав на нерухоме майно “*не буде чинною відносно будь-якої особи, крім особи, що передає право, його спадкоємців та осіб, які фактично обізнані про передачу, якщо [документ про передачу] не буде зареєстрований...*”¹⁹.

17 Постанова судової палати у цивільних справах Верховного Суду України у справі за позовом ОСОБА_8 до ОСОБА_9, ОСОБА_10 та ОСОБА_7, треті особи — Головне управління юстиції в м. Києві, ОСОБА_11, приватні нотаріуси Київського міського нотаріального округу ОСОБА_12, ОСОБА_13, про визнання договорів недійсними, втребування майна з чужого незаконного володіння від 23.01.2013 року // Єдиний державний реєстр судових рішень — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29023880>.

18 Bürgerliches Gesetzbuch. — Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz // <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

19 “Section 4. A conveyance of an estate in fee simple, fee tail or for life, or a lease for more than seven years from the making thereof, or an assignment of rents or profits from an estate or lease, shall not be valid as against any person, except the grantor or lessor, his heirs and devisees and persons having actual notice of it, unless it, or an office copy as provided in section thirteen of chapter thirty-six, or, with respect to such a lease or an assignment of rents or profits, a notice of lease or a notice of assignment of rents or profits, as hereinafter defined, is recorded in the registry of deeds for the

Слід погодитися з Ю.Ю. Поповим у тому, що в оголошенні права у реєстрі зацікавлений насамперед його носій і, якщо відсутність оголошення не завдає шкоди іншим учасникам обороту, невідповідність записів у реєстрі фактичному стану речей нікого не обходить²⁰.

В умовах, коли процедура реєстрації є обтяжливою і характеризується корупційними ризиками, виглядає доцільним залишити рішення про те, проводити реєстрацію чи ні, на розсуд самої зацікавленої особи — носія речового права. З огляду на це положення ст. 3 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”, ст. 125 Земельного кодексу України про обов’язкову державну реєстрацію речових прав та їх виникнення з моменту такої реєстрації доцільно виключити. Повному перегляду також підлягає процедура реєстрації речових прав на нерухоме майно, передбачена Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”. Слід також відмовитися від державної реєстрації земельних ділянок, передбаченої на сьогодні Законом України “Про Державний земельний кадастр” (ст. 24) та ст. 79–1 Земельного кодексу України. Земельна ділянка повинна ідентифікуватися виконавцями геодезичних зйомок, а розміщення просторових координат меж земельної ділянки в Державному земельному кадастрі (причому в електронному вигляді з можливістю доступу зацікавлених осіб) повинне бути передумовою реєстрації відповідного речового права. Існування так званих накладок між земельними ділянками не повинне бути перешкодою для вміщення відомостей про них до Державного земельного кадастру.

Захист особи, яка була позбавлена права або не набула його внаслідок реєстрації

Як було показано вище, в частині гарантування “непорушності” права принципів відмінностей між системами “реєстрації документів (угод)” та “реє-

county or district in which the land to which it relates lies. A “notice of lease”, as used in this section, shall mean an instrument in writing executed by all persons who are parties to the lease of which notice is given and shall contain the following information with reference to such lease: — the date of execution thereof and a description, in the form contained in such lease, of the premises demised, and the term of such lease, with the date of commencement of such term and all rights of extension or renewal. A “notice of assignment of rents or profits”, as used in this section, shall mean an instrument in writing executed by the assignor and containing the following information: — a description of the premises, the rent or profits of which have been assigned, adequate to identify the premises, the name of assignee, and the rents and profits which have been assigned. A provision in a recorded mortgage assigning or conditionally assigning rents or profits or obligating the mortgagor to assign or conditionally assign existing or future rents or profits shall constitute a “notice of assignment of rents or profits”. Див.: The Commonwealth of Massachusetts. General Laws. Part II. Title I. Chapter 183. Section 4 // <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartII/TitleI/Chapter183/Section4>.

20 Мірошниченко А. М., Попов Ю. Ю., Піненко А. І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, конфіскація, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. — 2012. — № 16 (3) 2012). — С. 10.

страції правочинів” насправді немає. Втім, для систем “реєстрації титулів” часто (не завжди) характерне створення механізму відшкодування втрат осіб, які були позбавлені права (не набули його) внаслідок проведення реєстрації.

Так, система Торренса передбачає створення спеціального фонду, призначеного для виплати компенсації за шкоду, спричинену позбавленням власності внаслідок реєстрації, що неправильно описує майно чи помилково передає право на нього іншій особі²¹. Втім, досвід цілої низки штатів у США засвідчив, що держава не дуже ефективно справляється з функцією гаранта. По-перше, доступ до відшкодування є дуже утрудненим і завжди передбачає судовий розгляд, а сама виплата відшкодування обмежена низкою передумов (наприклад, вона може бути доступною лише субсидіарно після вичерпання інших можливостей захисту)²². По-друге, у низці штатів виникали проблеми з достатністю коштів відповідних фондів²³.

Ч. 2 ст. 3 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень” проголошує, що «[д]ержава гарантує достовірність зареєстрованих прав на нерухоме майно та їх обтяжень”. Втім, це положення є загальною декларацією, яка не означає якоїсь особливої відповідальності держави у разі “недостовірності”. Норми про гарантійний фонд, які містилися у первісній редакції Закону (ч. 3 ст. 31 та ін.), у чинній його редакції відсутні. Більше того, хоча відповідальність держави за заподіяні при реєстрації збитки можлива відповідно до загальних положень Цивільного кодексу України про делікти (ст. 1166 та ін.), практика відшкодування державою збитків, заподіяних при державній реєстрації на сьогодні щонайменше не набула поширення, і дуже важко очікувати, що вона з’явиться.

З іншого боку, досвід США дає чудовий приклад того, як функцію покриття ризиків, які неминуче виникають при відчуженні нерухомості, виконують страхові компанії. Жорстка конкуренція між ними призвела до того, що ризики покриваються за розумну ціну, більше того, маючи природний стимул запобігти проблемам із титулами, страхові компанії проводять ефективне дослідження юридичної історії майна та вживають заходів щодо мінімізації ризиків.

Виходячи із сказаного, створення механізму покриття державою втрат, які можуть бути спричинені реєстрацією, в Україні видається недоцільним. Положення Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”, які декларують якесь гарантування зареєстрованих прав, слід виключити.

21 Szypszak C. *Public registries and privatesolutions: an evolving American real estate conveyanceregime* // *Whittier Law Review*.— 2003.— v. 24. —P. 672.

22 Szypszak C. *Public registries and privatesolutions: an evolving American real estate conveyanceregime* // *Whittier Law Review*.— 2003.— v. 24. —P. 679.

23 Szypszak C. *Public registries and privatesolutions: an evolving American real estate conveyanceregime* // *Whittier Law Review*.— 2003.— v. 24. —P. 680.

Висновки

Оптимальна для України модель реєстраційної системи не повинна передбачати ні прив'язки виникнення права до державної реєстрації, ні перевірки законності передачі права реєструючим органом. Значення реєстрації має зводитися виключно до оголошення права широкому загалу. Особа, яка покладалася на реєстрацію, повинна вважатися добросовісним набувачем і набувати титул навіть у випадку, якщо вона придбає його не від належного суб'єкта, в усіх випадках оплатного набуття майна. Держава не повинна брати на себе покриття збитків, яких може бути завдано внаслідок внесення до реєстру відомостей, що не відповідають дійсності.

Література

1. Bürgerliches Gesetzbuch.— Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz // <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.
2. California Civil Code // http://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=2.&title=4.&part=4.&chapter=4.&article=4.
3. Doing Business. Measuring Business Regulations.— World Bank Group // <http://www.doingbusiness.org/rankings>.
4. North Carolina General Statutes. Chapter 47: Probate and Registration. § 47–18 // http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/HTML/BySection/Chapter_47/GS_47-18.html.
5. Szypszak C. Public registries and private solutions: an evolving American real estate conveyanceregime // Whittier Law Review.— 2003.— v. 24.— P. 663–706.
6. The Commonwealth of Massachusetts. General Laws. Part II. Title I. Chapter 183. Section 4 // <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartII/TitleI/Chapter183/Section4>.
7. Галимова В. М. Гражданско-правовые проблемы института государственной регистрации прав на объекты нежилого фонда и сделок с ним.— Дис. ... к. ю. н. ... 12.00.03.— М.: Российский государственный гуманитарный институт, 2005.— 206 с.
8. Гринько С. В. Правові аспекти реєстрації прав на землю: Монографія.— К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2004.— 172 с.
9. Кирсанов А. Р. Система государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в Российской Федерации: Учебное пособие.— М.: Дашков и К.; Палеотип, 2002.— 218 с.
10. Мірошніченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: виндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України.— 2012.— № 16 (3”2012).— 24 с.
11. Отказ гос. регистратора в регистрации права собственности — ошибка в

- свидетельстве на право собств.— ЛІГА. Форуми // <http://forum.liga.net/Messages.asp?did=298523>.
12. Постанова судової палати у цивільних справах Верховного Суду України у справі за позовом ОСОБА_8 до ОСОБА_9, ОСОБА_10 та ОСОБА_7, треті особи — Головне управління юстиції в м. Києві, ОСОБА_11, приватні нотаріуси Київського міського нотаріального округу ОСОБА_12, ОСОБА_13, про визнання договорів недійсними, витребування майна з чужого незаконного володіння від 23.01.2013 року // Єдиний державний реєстр судових рішень — [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29023880>.
 13. Регистрация земельного участка в реестре прав ЛІГА. Форуми // <http://forum.liga.net/Messages.asp?did=275752>.
 14. Регистрация права на несколько земельных участков.— ЛІГА. Форуми // <http://forum.liga.net/Messages.asp?did=275014>.

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 непростюю, трудомісткою 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 феодальний 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 феодальний 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)". Мірошинченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І., зноска 17, на с. 10–11.

24 Мірошинченко 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. Спесівцев). 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 кредиторі 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.

А. І. Ріпенко,

кандидат юридичних наук, м. Одеса

До питання реформування державної реєстраційної служби України

**К вопросу о реформировании Государственной
регистрационной службы Украины**

The Issue of Reforming the State Registration Service of Ukraine

Анотація

У статті досліджено актуальні проблеми законодавчого регулювання питання реєстрації речових прав на нерухомість та державного управління в цій сфері.

Вказано на недоліки в організації реєстраційної служби та запропоновано певні напрями дій стосовно подолання корупції у цій сфері.

Головний акцент зроблено на скасування тих примусових державних послуг у сфері державної реєстрації прав, надання яких пов'язане з великими корупційними ризиками.

Внесено конкретні пропозиції щодо децентралізації функцій з реєстрації прав, особливостей їх здійснення органами місцевого самоврядування.

Ключові слова: *нерухомість, державна реєстрація прав, реєстраційна служба, корупція*

Аннотация

В статье рассмотрены актуальные проблемы законодательного регулирования вопроса регистрации вещных прав на недвижимость и государственного управления в этой сфере.

Указано на недостатки в организации регистрационной службы и предложены определенные направления действий по преодолению коррупции в данной сфере.

Главный акцент сделан на отмене тех принудительных государственных услуг в сфере государственной регистрации прав, предоставление которых связано со значительными коррупционными рисками.

Внесены конкретные предложения касательно децентрализации функций по регистрации прав, особенностей их осуществления органами местного самоуправления.

Ключевые слова: *недвижимость, государственная регистрация прав, регистрационная служба, коррупция*

Summary

The article deals with topical issues of legislative regulation of the registration of rights on real estate and public administration in this area.

It points out the shortcomings of organization and registration service offered to certain lines of action to tackle corruption in this area.

The main emphasis is on the abolition of the compulsory public service in the field of state registration of rights, the provision of which is associated with significant corruption risks. Specific proposals on decentralization of the registration rights are formulated.

Key words: *real estate, state registration of rights registration service, corruption*

Відповідно до ст. 6 Закону “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень” до системи органів державної реєстрації прав належать: Міністерство юстиції України, органи державної реєстрації, створені Мін'юстом. Держателем реєстру прав є Державна реєстраційна служба України.

Речові права на нерухоме майно виникають з моменту їх державної реєстрації, що впливає з положень ст. 3 цього Закону. Тобто право власності, наприклад, на побудований будинок виникає не на підставі юридичного факту (декількох юридичних фактів) завершення будівництва, вводу в експлуатацію тощо, а лише внаслідок державної реєстрації права, що виникло¹. Очевидно, що це правило спрацьовує не завжди. Наприклад, у випадку з набуттям у порядку спадкування нерухомого майна. Це підтвердив і Верховний Суд України в одному зі своїх нещодавніх рішень. На відміну від законодавства РФ вітчизняне реєстраційне законодавство не передбачає ніяких винятків із загального правила. На мою думку, ця ситуація потребує втручання, про що поговоримо далі.

Водночас, керуючись міркуваннями — зовсім не тими, що викладені вище, — Кабінет Міністрів України (КМУ) вирішує реформувати реєстраційну службу.

Постановою Кабінету Міністрів України від 21.01.2015 № 17 “Питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції”, мотивуючи необхідністю скорочення державних службовців на 20 відсотків, КМ вирішив ліквідувати Державну реєстраційну службу та Державну виконавчу службу, поклавши відповідні функції безпосередньо на Мін'юст.

Навіщо ж тоді було ліквідовувати дві служби, які й так належали до “орбіти впливу” Мін'юсту?

Як основний привід було офіційно оголошено про необхідність подолання корупції. На жаль, корупція у сфері державної реєстрації прав, організацій, громадського стану, примусового виконання судових рішень та інших актів стала серйозною проблемою. Враховуючи предмет нашого дослідження, далі будемо говорити виключно про сферу реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Вважається, що побороти корупцію в певній сфері, включаючи реєстрацію прав, шляхом реорганізації окремих служб чи їх перепідпорядкування надто проблематично.

Зрозуміло, що проблема боротьби з корупцією є комплексною та потребує непростих системних рішень. Одне з найпростіших рішень — зробити той чи інший “корупційний продукт” непотрібним (невигідним). Наприклад, для того щоб перестали платити хабар за яку-небудь довідку, потрібно зробити так, щоб вона була непотрібна для здійснення юридично вагомих дій. Усім відомо, що корупції немає там, куди можна не йти. Аналогічним чином можна досить швидко позбутися й інших зловживань.

¹ Конструкція виникнення права з моменту його реєстрації містить певні логічні протиріччя. Адже як можна зареєструвати право, якщо на момент здійснення цих реєстраційних дій з ним права не існує, а значить, нічого реєструвати.

Так, скажімо, ефективним засобом захисту від надмірного виснаження земель сільськогосподарського призначення соняшником, рапсом та схожими культурами стане коригування політики щодо експорту відповідної продукції, а не примусове нав'язування розробки проектів сівозміни (навіть на ділянку площею 1 га). Якщо експорт стане не вигідним, ґрунти залишаться цілими. Але тут ми зачіпаємо інші аспекти. Запровадження експортних бар'єрів на рапс, соняшник і їхні похідні не є економічно індиферентним рішенням.

У цьому проявляється ознака “системності” і комплексності, необхідних для вирішення цих питань. При цьому рецепт подолання корупції у сфері реєстрації прав не є універсальним. Зокрема, із-за системних відмінностей і відмінностей у масштабах (а звідси і складності систем) в Україні не може бути механічно запозичено досвід Грузії чи інших невеликих країн.

Що це значить в контексті піднятого нами питання? Не потрібно ліквідувати чи реформувати служби, ущільнювати їх чи перепідпорядковувати. Ці “реформи по-українськи” не завершуються з 1990-х років, а щодо їх ефективності нескладно дійти висновку: достатньо вийти в магазин і купити продукцію, яка дорожчає з кожним днем, чи просто увімкнути телевізор і подивитися новини. Очевидно, що це навіть не імітація системних реформ. Для здійснення таких реформ потрібна в першу (та й в останню) чергу лише відповідна воля.

Якщо вона є і необхідно відійти від корупції та зловживань, стрижневим рішенням слід вважати позбавлення самого “продукту корупції”. Схоже, найкращим чином це спрацює в надміру корумпованих сферах — митниця, фіскальна служба, державна архітектурно-будівельна інспекція, інші служби і... реєстрація речових прав.

Паралельно необхідне комплексне опрацювання “побічних факторів”, об'єктивна оцінка ситуації, що дозволить визначити, який мінімальний ступінь державного втручання в питання реєстрації прав все ж необхідний. У разі такого підходу держава повинна виконувати швидше роль помічника, використовуючи своє монополієне становище в певних сферах.

Зрозуміло, питання подолання корупції у сфері державної реєстрації прав на нерухомість найтісніше пов'язане з проблемою оплати праці чиновників, контролю з боку громадянського суспільства, електронізації відповідних процедур та іншого, які також вимагають свого вирішення. Тим не менше ризикну припустити, що вони є лише побічними (субсидіарними).

Розглядаючи питання реформування Державної реєстраційної служби, “відмова від корупційного продукту” у сфері виконання цією службою функцій щодо реєстрації прав могла б виглядати наступним чином. Доцільно спростувати безальтернативну обов'язковість такої реєстрації та імперативне правило про виникнення речових прав та їх обтяжень *виключно з моменту їх держреєстрації* (ч. 3 ст. 3 Закону).

Справа в тому, що діюче цивільне законодавство дає підстави вважати, що речові права на нерухомість виникають унаслідок певних юридичних

фактів (сукупності), не тотожних самому факту державної реєстрації прав.

При цьому реєстрація прав як така, тобто їх оприлюднення за допомогою внесення даних до публічного та відкритого реєстру, може зберегтися в “добровільному порядку” або в якій-небудь іншій формі, але не мати правовстановлюючого значення.

Це допоможе не тільки позбутися “корупційного продукту”, але й суттєво скоротить, здешевить та спростить оборот об’єктів нерухомості, що в сьогоденних умовах є дуже бажаним. Безумовно, і тут є зворотний бік медалі. По-перше, система реєстрації прав налагоджена і досить чітко працює (хоча нагадує швидше потужну корупційну машину). По-друге, усунення держави від цього процесу може дійсно викликати певну нестабільність стосовно гарантій прав громадян та юридичних осіб на нерухомість. Відповідаючи на ці аргументи, варто зазначити, що і сьогодні держава де-факто не несе ніякої майнової відповідальності за внесення невірних (помилкових) записів про права. А право на судовий захист своїх прав абсолютно не залежить від того чи іншого значення реєстраційного запису, якого надає йому законодавство. Тобто правонабувачі в будь-якому випадку не залишаться без державного захисту (в тому числі і в порядку кримінального переслідування правопорушників), проте отримають дешевший і швидший оборот, без корупції з боку чиновників.

З реєстрацією — внесенням до загальнодоступного реєстру — відбувається оголошення суб’єктивного права, інакше про нього не може дізнатися широке коло осіб. Таким чином, правонабувач сам підставляє себе під певні ризики у випадку невнесення даних про своє майно до публічного реєстру. Нехай правонабувачі самі зважують за і проти державної реєстрації прав, угод з нерухомістю тощо, внаслідок чого приймають відповідні рішення.

Якщо буде вирішено відмовитися від надмірного державного втручання в питання державної реєстрації прав, необхідно продумати і відповідні “балансирі”. Зрозуміло, що, якщо суспільство так вже сильно хоче позбутися обов’язкових корупційних “послуг” держави, такому суспільству необхідно взяти на себе певні додаткові ризики. І від цих ризиків доцільно застрахуватися.

У розвинутих країнах широко відомий інститут страхування титулів. Таке страхування повинне бути конкурентним, доступним, зручним, швидким та прозорим. Знову ж таки, без неспівставного державного втручання. Вважаю, що розвиток цього інституту міг би бути цивілізованою заміною державним “гарантіям” виникнення, зміни та припинення речових прав на об’єкти нерухомого майна.

Вважаю також, що без схожих радикальних заходів не вдасться навести порядок у сфері державної реєстрації прав та позбутися зловживань. Можна безкінечно скорочувати строки проведення реєстраційних операцій (до 1 секунди), без кінця реформувати служби та відміняти ці реформи, перерозподіляти повноваження, багатократно електронізовувати та спрощувати, але в повному обсязі зловживань не уникнути. Хоча всі ці заходи непогано діють як субсидіарні.

Проблема в тому, що, допоки відповідні монопольні послуги держави на реєстрацію прав залишаються обов'язковими, маючи правоустановче, а не доказове чи інформаційне значення, корупційні ризики і спокуса надзвичайно високі.

Другий аспект проблеми реформування Державної реєстраційної служби в частині її функцій щодо реєстрації речових прав на нерухомість — децентралізація. Президент і уряд неодноразово на словах брали курс на масштабну децентралізацію у сфері реєстрації прав і станів, майна, транспорту, державного архітектурно-будівельного контролю і т. д. Поки суттєвих зрушень у цьому напрямі не видно. Справа в тому, що сама по собі передача функцій щодо реєстрації речових прав виконавчим органам місцевих рад не вирішить проблему корупції (права на нерухомість багато років реєстрували реєстратори комунальних БТІ, і варто зазначити, що траплялися випадки корупції). Хоча схожа передача і може виявитися непоганим субсидіарним засобом. Як мінімум таке переформатування реєстраційної служби зменшить спокусу замикати вирішення всіх питань на центральні київські структури, а діяльність органів самоврядування все ж більш прозора, підконтрольна громадським інститутам — як через депутатів місцевих рад, так і безпосередньо. При цьому передачу таких функцій доцільно здійснити комплексно з наділенням муніципалітетів повноваженнями у сфері архітектурно-будівельного контролю (прийняття об'єктів в експлуатацію, ведення земельного та містобудівельного кадастрів і т. і.) та посилення повноважень щодо розпорядження землями. Справа в тому, що муніципалітетами повинен вирішуватися весь цикл питань підготовки і освоєння територій, розміщення об'єктів містобудування, ведення кадастрів, оформлення прав на них і подальших угод з ними. Тоді громада матиме повний контроль над тим, що відбувається, а посадові особи місцевого самоврядування не зможуть ухилитися від відповідальності. Всі супровідні платежі та податкові надходження повинні також концентруватися в муніципалітеті, надходячи до місцевого бюджету.

Всі ці заходи необхідно здійснювати в комплексі з законодавчою зміною принципового підходу до державної реєстрації прав, про що йшлося вище.

Висновки

В сьогоденних непростих умовах доцільно змінити законодавчий підхід до державної реєстрації речових прав на нерухомість. Необхідно відмовитися від її правоустановчого значення і залишити питання реєстрації (оголошення права) на вибір правоволодільця. Збільшення відповідних ризиків можна покрити шляхом розвитку інституту страхування титулів. Зазначені заходи доцільно впроваджувати комплексно, водночас із субсидіарними заходами — переглядом ставок службовців, забезпеченням прозорості та електронної доступності всіх процедур, децентралізацією реєстраційних функцій (спільно з передачею муніципалітетам “супутніх” повноважень щодо виділення землі, видачі дозвільних документів на будівництво, введення об'єктів в експлуатацію, присвоєння адресів та ін.).

Charles Szypszak,

*Professor of Public Law and Government, University of North Carolina
at Chapel Hill, U. S. A.*

Чарльз Сіпсак,

*професор публічного права та урядування Університет Північної Кароліни,
Чапел-Хіл, США*

Property Rights, Public Records, and Risk of Loss in the United States Real Estate Recording System

***Права на майно, публічні реєстри та ризик втрати
у системі реєстрації нерухомості у Сполучених Штатах
Америку***

***Права на имущество, публичные реестры и риск потери
в системе регистрации недвижимости в Соединенных
Штатах Америки***

Анотація

Статтю присвячено системі переходу прав на нерухоме майно у Сполучених Штатах Америки. Описується природа права приватної власності, обмежена роль уряду в передачі прав, що полягає у наданні до послуг сторін реєстраційної системи для запису передачі права та здійснення повідомлень для широкого загалу, та залежність системи від приватних механізмів мінімізації втрат від шахрайства або проблемних титулів, включаючи страхування титулів,

Ключові слова: *Сполучені Штати Америки; американський; передача прав на нерухоме майно; приватна власність; реєстраційна система; страхування титулів.*

Аннотация

Статья посвящена системе перехода прав на недвижимое имущество в Соединенных Штатах Америки. Описана природа права частной собственности, ограниченная роль правительства в передаче прав, состоящая в предоставлении к услугам сторон регистрационной системы для записи передачи права и осуществлении уведомлений для неопределенного круга лиц, и зависимость системы от частных механизмов минимизации потерь от мошенничества или проблемных титулов, включая страхование титулов.

Ключевые слова: *Соединенные Штаты Америки; американский; передача прав на недвижимое имущество; частная собственность; регистрационная система; страхование титулов.*

Summary

This article discusses the real estate conveyance system in the United States. It describes the nature of private property rights, the government's limited role in providing a public recording

system for parties to record their conveyances and give constructive notice, and the reliance on private mechanisms for minimizing risk of loss due to fraud or title problems, including title insurance.

Key words: *United States; American; real estate conveyances; private property; recording systems; title insurance*

Private property rights are among the most fundamental notions in American legal culture. Their solid foundation has been essential to commercial, industrial, and agricultural development and long-term capital investment that fuels economic growth. Most Americans trust property rights for their most significant lifetime investment: home ownership. The benefits are not universally shared, but they are widespread. About 67 percent of the 131 million housing units in the country are owner-occupied.¹ Millions of single-family homes are built and purchased annually. Such extensive ownership is made possible by a mortgage financing industry that is ready to make loans relying on owners' rights and the enforceability of lenders' mortgages. There is more than \$ 13 trillion in existing mortgage financing.² The system entails serious risks due to economic forces and the reality that investors are left to protect themselves. But except in

Право приватної власності — одне з найфундаментальніших понять американської правової культури. Стабільність цього права життєво необхідна для комерційного, промислового, сільськогосподарського розвитку та довгострокового інвестування, що є джерелом економічного зростання. Більшість американців довіряють праву власності при здійсненні головної інвестиції усього їхнього життя — у житло. Це благо не розподіляється між усіма, проте воно доступне багатьом. Біля 67 відсотків з 131 мільйона житлових об'єктів використовуються власниками¹. Таке поширене використання права власності є можливим завдяки індустрії іпотечного кредитування, яка готова надавати позики, покладаючись на права власника та можливість звернення стягнення на предмет іпотеки. Існуюче іпотечне фінансування складає понад 13 трильйонів доларів². Система передбачає

- 1 U.S. Census Bureau, 2012 Statistical Abstract, *Construction & Housing: Homeownership and Housing Costs, Homeownership Rates by Age of Householder and Household Type*, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/construction_housing/homeownership_and_housing_costs.html; *id.*, *Construction & Housing: Housing Units and Characteristics, Total Housing Inventory for the United States: 1990 to 2010*, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/construction_housing/housing_units_and_characteristics.html.
- 2 Board of Governors of the Federal Reserve System, *Mortgage Debt Outstanding*, <http://www.federalreserve.gov/econresdata/releases/mortoutstand/current.htm>.

- 1 U.S. Census Bureau, 2012 Statistical Abstract, *Construction & Housing: Homeownership and Housing Costs, Homeownership Rates by Age of Householder and Household Type*, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/construction_housing/homeownership_and_housing_costs.html; *id.*, *Construction & Housing: Housing Units and Characteristics, Total Housing Inventory for the United States: 1990 to 2010*, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/construction_housing/housing_units_and_characteristics.html.
- 2 Board of Governors of the Federal Reserve System, *Mortgage Debt Outstanding*, <http://www.federalreserve.gov/econresdata/releases/mortoutstand/current.htm>.

rare circumstances purchasers and lenders protect themselves and manage these risks.

Confidence in real estate purchase and investment relies on three interrelated features of the conveyancing regime: full public access to information about ownership; the ability to transfer property efficiently; and protection against loss. Unlike in many countries where the government performs the central function in these features, in the United States the government does not regulate, confirm, or guaranty real estate ownership transfers—they are a matter of private choice. Sellers, buyers, and lenders are left to their own means of determining what rights can be conveyed, documenting the conveyance, and protecting themselves against loss. The government only provides the parties to a transaction with a method for making a public record of their conveyances. How this works is not readily understood, and most owners and lenders rely on knowledgeable attorneys and other professionals for real estate purchases and financing arrangements. This article provides a brief introduction to the principal features of transferrable property rights, public records, and risks of loss in this system.

серйозні ризики через ринкові чинники та ту об'єктивну обставину, що інвестори мають захищати себе самі. Проте, за рідкісними винятками, покупцям та кредиторам вдається керувати ризиками та захистити себе.

Довіра до придбання нерухомого майна та інвестування ґрунтується на трьох пов'язаних елементах режиму обороту нерухомості: повному публічному доступі до інформації про власність; можливості ефективно передавати право приватної власності; захисті від збитків. На відміну від багатьох країн, де уряд відіграє основну роль при забезпеченні цих елементів, у Сполучених Штатах уряд не регулює, не підтверджує і не гарантує переходів власності на нерухоме майно – вони є предметом приватних домовленостей. Продавці, покупці та кредитори можуть самі визначати, які права передаються, оформлювати передачу та захищати себе від збитків. Уряд лише забезпечує сторони угоди засобом для створення публічного запису про передачу права. Як це відбувається, зрозуміти не зовсім просто, і більшість власників та кредиторів покладаються на допомогу адвокатів та інших професіоналів у сфері обороту нерухомості та фінансових операцій. Ця стаття представляє короткий вступний опис принципових рис прав на нерухомість, що можуть передаватися, публічних реєстрів та ризиків збитків, що можуть бути понесені у цій системі.

Real Estate as a Legal Object to be Owned and Transferred

A right to own or transfer real estate is not “created” by law in the United States. It is a fundamental right. The U.S. Constitution does not mention a right to property ownership in such words, but the Fifth Amendment implicitly recognizes it when it prohibits the government from taking private property for public use without just compensation. The courts have understood that the right must exist without need for its mention if the government must pay for taking it.

There are two aspects to the right of private property ownership. One is “exclusivity,” which is an owner’s right to prevent others from using the property without the owner’s permission. Exclusivity rights preserve the owner’s ability to enjoy the essential benefits of real estate ownership. The notion of private real estate ownership also entails a right to sell the property, to use it as collateral for a loan, and to leave it to someone upon death. This set of rights is known as “alienability.” When courts consider cases involving real property they often invoke legal principles that attempt to precisely define exclusivity and alienability. Most of these principles are matters of state common law, which are derived from English common law but have evolved through centuries of court cases that decide particular disputes and create reliable legal precedent with which rights and obligations are aligned.

Нерухоме майно як об’єкт права, який можна мати у власності та передавати

Право мати у власності чи передавати іншим нерухомість у Сполучених Штатах не «створено» законом. Це основоположне право. Конституція США не згадує право власності як таке, проте П’ята поправка явно визнає його, забороняючи уряду відбирати приватну власність для суспільних потреб без справедливої компенсації. Судам зрозуміло, що право існує і без прямого його закріплення, виходячи з того, що уряд повинен платити за його відібрання.

Є два аспекти права приватної власності. Один – це «виключність», яка передбачає право власника запобігати використанню об’єкта власності іншими без дозволу власника. Правомочності виключності оберігають здатність власника користуватися основними вигодами від власності на нерухомість. Поняття приватної власності на нерухомість також включає правомочність продати її, використати її як забезпечення за кредитом та залишити її комусь після своєї смерті. Цей набір повноважень відомий як відчужуваність. Коли суди розглядають справи, що стосуються нерухомості, вони часто посилаються на правові принципи, які намагаються точно визначити виключність та відчужуваність. Більшість із цих принципів є питаннями загального права окремих штатів, що походить від англійського загального права, проте розвивалося протягом століть судових справ, де вирішувалися специфічні спори та створювалися надійні правові прецеденти, яким повинні відповідати права і обов’язки.

The origins of each real estate parcel's ownership can be traced in some states to grants given to proprietors by the English crown when colonies were being settled. The proprietors immediately began subdividing their grants and conveying parcels for homes, farms, and to local governments for public spaces and buildings. In other states the origins of a private real estate ownership can be traced to land grants from the government after expansion into unsettled territories. After this initial grant the owners were free to convey the property to others.

Despite the essentially private nature of real estate law, modern exclusivity and alienability are affected by the government's power to protect the interests of the community. This power has expanded as land uses have intensified. Property use is now extensively governed by local land use regulations, which limit how property can be subdivided and developed. But these regulations do not restrict the ability to convey property, which remains a matter of private agreement.

Real Estate Recording Laws and Risks

A recording system in the United States began almost as soon as settlers arrived. Towns needed local records of their settlements within land grants from the British proprietors. The first office of a register of deeds on the continent was

Походження права власності на кожну ділянку нерухомості може бути прослідковано в деяких штатах до актів надання права власності англійською короною за часів колонізації. Власники одразу почали ділити свої наділи та передавати ділянки під будинки, ферми та місцевим органами влади для громадських територій та будівель. В інших штатах походження права приватної власності на нерухомість може бути прослідковано до актів надання урядом після експансії на незаселені території. Після цих первинних актів надання власники могли передавати своє право іншим.

Незважаючи на приватну за своєю сутністю природу правового регулювання відносин щодо нерухомості, сучасна виключність та відчужуваність потрапляють під вплив повноважень уряду захищати інтереси суспільства. Це повноваження розширювалося по мірі того, як способи використання землі ставали дедалі більш інтенсивними. Використання нерухомості зараз детально регулюється місцевими правилами щодо землекористування, що обмежує можливості для поділу та використання нерухомості. Але ці правила не обмежують можливості передачі власності, яка залишається питанням приватних угод.

Закони про реєстрацію нерухомості та ризики

Реєстраційна система у Сполучених Штатах виникла практично одразу по прибуттю поселенців. Міста потребували місцевих реєстрів їхніх поселень у межах земельних наділів, наданих британськими власниками. Перший

in Plymouth, Massachusetts, which provided a book for recording a land transfer. A law was passed in 1636 requiring all transfers to be acknowledged and recorded. In 1640 the Massachusetts legislature required all transfers to be recorded within one month or they were to be void against anyone who later acquired a deed to the same property.³ This is basically the same recording law that today governs real estate conveyances throughout the country. The British recording system, and the common law that courts applied to resolve disputes about property ownership, were adopted in the laws of the states after American independence and the establishment of the United States legal system.

In each state, registers of deeds provide a mechanism for private parties to give public notice of their interests. In most states the register is an elected local government official. In some states a court official also serves as a registrar of deeds. Hawaii and Alaska, the newest states, have a state-wide recording system with local branch offices. Regardless of how the office is situated in state government, all registers similarly record instruments sequentially and maintain an index for public search, and make these records fully available to anyone during office hours. Most now make them publicly available on the Internet.

³ Joseph H. Beale, Jr., *The Origin of the System of Recording Deeds in America*, 19 *The Green Bag* 335, 335-37 (1907).

офіс для реєстрації документів на континенті був заснований у Плімуті, штат Массачусетс, і передбачав ведення книги для записів про передачу землі. У 1636 році було прийнято закон, який вимагав, щоб будь-яка передача була підтверджена та зареєстрована. У 1640 році законодавчий орган Массачусетса встановив вимогу реєструвати всі випадки передачі нерухомості протягом одного місяця, за відсутності чого вони повинні були вважатися недійсними стосовно до будь-кого, хто пізніше отримав акт передачі щодо того самого майна³. Загалом це правило регламентує передачу нерухомості по всій країні і сьогодні. Британська реєстраційна система і загальне право, яке суди застосовували для вирішення спорів про власність на майно, були сприйняті законами штатів після здобуття Америкою незалежності та становлення правової системи США.

У кожному штаті реєстри документів надають приватним сторонам механізм, за допомогою якого вони можуть повідомити широкий загал про свої права. У більшості штатів реєстратором є обраний посадовець місцевого органу влади. У деяких штатах службовець суду також виконує функції реєстратора документів. Гаваї та Аляска, найновіші штати, мають загальну для штату систему з місцевими відділеннями. Незалежно від того, яке місце посідає офіс у системі органів штату, всі реєстратори однаково реєструють документи в хронологічній послідовності, ведуть індекс для

³ Joseph H. Beale, Jr., *The Origin of the System of Recording Deeds in America*, 19 *The Green Bag* 335, 335-37 (1907).

Anyone may record instruments with a register of deeds provided the submissions meet certain format requirements and all applicable recording fees are paid. The recording system is intended to provide a mechanism for a buyer to confirm the rights of someone offering to sell and for those who legitimately acquire real estate interests to protect themselves against wrongful claims. Recording a real estate instrument is deemed to notify all others of the contents of what is recorded. This is called “constructive notice,” which means everyone is held accountable for knowing it whether or not they actually look to find out. A purchaser or lender has the burden of searching the records and reaching a conclusion about the nature of the title.

The function of the recording law is to give enforceable priority in a court dispute against others who also claim a right to the property. State law gives certain priorities to those who first record their interests in the registries of deeds. Someone who fails to record risks having someone else acquire a superior right by recording the conveyance first.

There are two basic forms of recording statutes. The most common is known as “race-notice.” For example, the

публічного пошуку та забезпечують повну доступність записів усім бажаючим протягом робочого часу. У більшості випадків сьогодні записи також доступні через мережу Інтернет.

Будь-хто може зареєструвати правовий документ у реєстрі документів за умови, що подані документи відповідають певним вимогам до формату та всі платежі за реєстрацію сплачено. Реєстраційна система покликана надати покупцеві та іншій особі, що набуває права у майні, механізм для перевірки прав потенційного продавця на нерухомість для захисту від неправомірних претензій. Реєстрація документа щодо нерухомості покликана повідомити всіх інших про зміст того, що було зареєстровано. Таке повідомлення називається презюмованим, що означає, що кожен несе відповідальність за свою обізнаність із записом незалежно від того, чи ознайомлювався він із ним фактично. Покупець чи кредитор несе тягар пошуку у реєстраційних записах та виведення висновку про те, яким є характер права.

Функцією закону про реєстрацію є надання обов'язкового пріоритету у спорі з іншими особами, які претендують на право у майні. Закони штатів надають певні пріоритети тим, хто перший зареєстрував своє право у реєстрі прав. Будь-хто, хто не спроможеться зареєструвати право, ризикує тим, що хтось інший набуде право вищого пріоритету шляхом реєстрації документа про передачу.

Існують дві основні групи законів про реєстрацію. Найпоширеніший різновид передбачає правило «гонки-

Massachusetts provides: "A conveyance of an estate in fee simple, fee tail or for life, or a lease for more than seven years from the making thereof, or an assignment of rents or profits from an estate or lease, shall not be valid as against any person, except the grantor or lessor, his heirs and devisees and persons having actual notice of it, unless it . . . is recorded in the registry of deeds for the county or district in which the land to which it relates lies."⁴ This means that a purchaser must both record and lack actual notice of a prior conveyance to be protected against someone else who obtains and records a deed claiming the same property. Claims of ownership are therefore complicated by concern about someone who has actual knowledge of a prior conveyance that was not yet recorded, or when someone otherwise acts in bad faith, and in all states the courts will not allow a party to use the statute to enforce a claim if that party engaged in fraud. The most common circumstance in which bad faith is implicated occurs when someone transfers property to avoid creditors and not as a bona fide conveyance for value. There also are ways to acquire enforceable rights without a deed, such as by long-term, continuous, adverse use. Those who examine real estate titles therefore must look beyond registers' records to assess the nature of various claims to ownership. Nevertheless, the records in the registers' office provide the foundation for real estate ownership rights and are thus essential evidence of conveyance transactions.

4 Mass. Gen. Laws. ch. 183, § 4 (2011).

повідомлення». Наприклад, закон Массачусетсу встановлює, що «[п]ередача нерухомого майна у власність, спадкове чи довічне володіння, або у найм більш ніж на сім років після передачі, чи надання ренти чи доходів з майна чи найму не будуть чинними відносно будь-якої особи, крім особи, що надає чи передає, її спадкоємців та осіб, які фактично обізнані про передачу, якщо вони не будуть ... зареєстровані в реєстрі документів графства чи округу, у якому розташована земля, якої вона стосується»⁴. Це означає, що покупець, щоб бути захищеним відносно когось, хто має та реєструє акт передачі щодо того самого майна, повинен зареєструвати документи і не бути фактично обізнаним про попередню передачу. Претензії на власність, таким чином, є ускладненими через щодо існування осіб, які фактично знали про ще не зареєстровану попередню передачу права, або осіб, що недобросовісно діяли в інший спосіб, і в усіх штатах суди не дозволяють особі використовувати закон для захисту своїх претензій, якщо така особа діяла зі злим умислом. Найбільш поширена ситуація, в якій слід зробити висновок про недобросовісність, має місце тоді, коли хтось відчужує майно для уникнення відповідальності перед кредиторами не шляхом добросовісної платної передачі. Також існують способи набути дійсний титул без акта передачі, наприклад, шляхом тривалого, безперервного і безтитульного використання. Тому ті, хто досліджує права на нерухомість, не повинні обмежуватися реєстрами, щоб оцінити характер різних претензій на майно. Між тим запи-

4 Mass. Gen. Laws. ch. 183, § 4 (2011).

A few states have a statute that is known as a “race” system, which is characterized simply as “first to record, first in right.” For instance, the North Carolina statute provides that no instrument of conveyance “shall be valid to pass any property interest as against lien creditors or purchasers for a valuable consideration from the donor, bargainor or lessor but from the time of registration thereof in the county where the land lies.”⁵ This has been interpreted to mean that those who record first will have title even if they knew someone else was already conveyed the same property. This is the simplest type of statute to understand and apply, and therein lies its chief virtue. Its chief shortcoming is it seems to reward those who first record without regard to what may actually have been known about other prior interests. Even in the few states with this type of race recording statute, in some circumstances the courts will not allow the statute to protect a party based on general equitable principles. Courts have held that a deed obtained fraudulently or without valuable consideration is not entitled to the benefits of the statute.

The risks involved in this system can be grouped into four categories. First, a purchaser or lender conducting a suc-

си у реєстрі створюють основу для прав на нерухоме майно і тому є важливим доказом здійснення угод щодо передачі прав.

Кілька штатів мають закони, які встановлюють систему «гонки», яку спрощено можна описати так: «Право має той, хто перший зареєстрував». Наприклад, закон Північної Кароліни встановлює, що жоден акт передачі «не буде чинним для передачі будь-якого права у майні щодо забезпечених кредиторів чи набувачів за плату від особи, що надає, продає або передає, до її реєстрації у графстві, де розташована земля»⁵. Це положення тлумачиться у той спосіб, що ті, хто реєструє першим, отримують титул навіть у разі, якщо вони знали, що хтось інший вже отримав те саме майно. Це найпростіший для розуміння та застосування тип закону, і в цьому його основна цінність. Його основний недолік полягає у тому, що він виглядає таким, ніби винагороджує того, хто реєструє документ першим, без огляду на те, що йому може бути відомо про більш ранні права. Навіть у тих кількох штатах із цим типом закону про реєстрацію за певних умов суди не дозволяють закону захищати [недобросовісну] особу, ґрунтуючись на принципах справедливості. Суди вважали, що акт про передачу, отриманий недобросовісно чи безоплатно, не дає можливості скористатися перевагами, передбаченими законом.

Ризики, якими характеризується описана система, можна згрупувати у чотири групи. По-перше, покупець або

⁵ N.C. Gen. Stat. § 47-18(a) (2013).

⁵ N.C. Gen. Stat. § 47-18(a) (2013).

cessful search could misunderstand their legal significance. A second type of risk is a faulty search. A purchaser or lender might miss something on record, by overlooking a recorded interest during a search, or neglecting to do a search at all. The registries contain many volumes of records, and identifying the interests in them requires careful use of indexes and an ability to interpret the sometimes bewildering property descriptions and other information. Humans make mistakes, even with the aid of the most sophisticated computer facilities for searching and viewing the records. Third, a purchaser or lender may perform a search according to ordinary standards but still not detect an enforceable interest. Those who handle conveyances rarely exhaustively search a tract's entire ownership history. The English practice, from which American practices are derived, was to establish 100 years of certainty, based on the extremely remote possibility that an interest would have existed for more than a century without being unearthed. Most practitioners use a shorter search period, such as thirty-five years, and this might not detect a possible claim has gone unnoticed for a long time. For example, undetected or indeterminate easement rights are among the most frequent title problems that wind up in litigation. An easement, once mentioned in a deed, often survives even though not repeated in subsequent deeds. A fourth general type of risk is from "off-record" matters that cannot be found at the registry. Such matters include forgeries, the incapacity of a party to execute and deliver an instrument, rights of those who have claims in connection with construction on the property, and loss of property through the govern-

кредитор, провівши успішний пошук, можуть помилитися у правовій оцінці результатів. Другий тип ризиків пов'язаний з неналежним пошуком. Покупець або кредитор можуть пропустити щось у реєстрі, пропустивши зареєстроване право при пошуку, або не провести пошуку взагалі. Реєстри містять багато томів записів, ідентифікація прав у них потребує ретельного використання покажчиків та здатності розуміти часом заплутані описи власності та іншу інформацію. Людині властиво помилятися, навіть якщо їй допомагають найскладніші комп'ютерні системи для пошуку та перегляду записів. По-третє, покупець чи кредитор можуть провести пошук за звичайними стандартами, та все ж не виявити чинного права. Ті, хто має справу з передачею титулу, рідко проводять пошук щодо всієї історії титулу. Англійська практика, від якої походять американські практики, передбачала дослідження 100-річного періоду, ґрунтуючись на надзвичайно малій вірогідності того, що право існувало понад сторіччя без того, щоб стати явним. Більшість практикуючих фахівців використовують для пошуку ще коротший період у 35 років і при цьому можуть не виявити претензії, яка тривалий час залишалася непоміченою. Наприклад, не виявлений або невизначений сервітут є найпоширенішою проблемою з титулом, яка призводить до судового розгляду. Сервітут, згаданий одного разу в акті про передачу права, часто залишається чинним навіть тоді, коли він не згаданий у наступних актах. Четвертим загальним типом ризиків є ризик «позареєстраційних» проблем, які не можуть бути віднайдені у реєстрі. Такі пробле-

ment's exercise of its power of eminent domain. Steps can be taken to identify off-record matters-such as a physical inspection of the property-but even the most careful purchaser or lender can be caught by surprise.

These risks, to some degree, are due to the nature of the traditional recording system. Those acquiring property interests must fend for themselves by searching the public records, identifying possible adverse claims, and analyzing the information based on the legal rules. It is a "user beware" system.

Torrens in the United States

In the early twentieth century some states that were concerned about how the existing recording system might impair real estate development looked to adopt a land title system originating with Sir Robert Torrens, an Australian registrar, which he modeled on a ship registration method. It was adopted in British Territories and elsewhere with appealing straightforwardness. In the Torrens system a public examiner reviews an application for registration and determines if everything is in order. If the registrar determines that there are potential competing claims or conflicts, parties in interest are notified and the issues are resolved in a court proceeding before a certificate is issued. Otherwise, the registrar issues a certificate of title to the registrant that

ми включають підробки, неспроможність сторони виконати передбачене документом, права тих, хто має претензії у зв'язку з будівництвом на земельній ділянці, втрату власності через використання урядом його повноваження щодо вилучення майна. Можна вжити заходів, щоб виявити «позареєстраційні» проблеми – наприклад відвідавши майно, – але навіть найобережнішого покупця чи кредитора може спіткати несподіванка.

Описані ризики певною мірою завдячують природі традиційної реєстраційної системи. Ті, хто набуває право на нерухомість, повинні подбати про себе шляхом здійснення пошуку в публічних реєстрах, ідентифікації можливих зустрічних претензій, аналізу інформації на основі норм права. Це система «бережися, користувач».

Система Торренса у Сполучених Штатах

На початку ХХ сторіччя деякі штати, стурбовані тим, що існуюча реєстраційна система може негативно вплинути на розвиток нерухомості, спробувати перейняти систему реєстрації титулів, створену сером Робертом Торренсом, австралійським реєстратором, який змодельовав систему реєстрації овець. Систему було прийнято на Британських територіях та в інших країнах із вражаючою прямолінійністю. За системи Торренса чиновник оцінює заяву про реєстрацію і визначає, чи все гаразд. Якщо реєстратор визначає, що є потенційні зустрічні претензії чи колізії, зацікавлені особи повідомляються про це і проблеми усуваються у судовому розгляді до моменту видачі сертифіката. В

cannot be challenged. The costs of subsequent transfers of registered land are expected to be minimal because the registration process is supposed to eliminate the need to look beyond the certificate for proof of ownership. The Torrens system also typically provides a government guaranty to reimburse someone deprived of a property interest if registration incorrectly describes the property or wrongfully gives ownership to another. Torrens proponents argue that the system appropriately shifts the risk of loss from the individual property owner, where it rests in the traditional recording system, to the community.

Twenty-one states enacted some type of Torrens registration process.⁶ But the model Australian registration approach quickly ran into legal trouble concerning separation of powers. For example, Illinois enacted a Torrens-type system in 1895.⁷ The Illinois Supreme Court soon declared the process to be unconstitutional. The court said: "It seems to us that the reading of this act forces the mind to the conclusion that it confers upon the registrar and his examiners

іншому разі реєстратор видає заявнику сертифікат титулу, який не може бути оспорений. Вартість подальших передач зареєстрованої землі повинна бути мінімальною, оскільки реєстраційний процес покликаний усунути необхідність перейматися іншими питаннями, окрім існування сертифіката, що підтверджує право. Система Торренса також зазвичай надає урядові гарантії відшкодування особам, позбавленим власності у разі неправильно опису об'єкта у процесі реєстрації чи неправомірної передачі титулу іншій особі. Прихильники системи Торренса стверджують, що система належним чином перекладає ризик втрати з окремого власника, як це має місце при традиційній реєстраційній системі, на суспільство.

21 штат запровадив певний варіант системи реєстрації Торренса⁶. Але підхід до реєстрації за австралійським зразком швидко спричинив проблеми з точки зору принципу розподілу влади. Наприклад, Іллінойс запровадив різновид реєстраційної системи Торренса у 1895 році⁷. Невдовзі Верховний суд Іллінойса визнав систему реєстрації неконституційною. Суд зазначив: «Нам видається, що прочитання цього акту примушує зробити висновок, за яким акт покладає на реєстратора та його перевіряючих

6 *California, Colorado, Georgia, Hawaii, Illinois, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Nebraska, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Virginia, and Washington. Richard R. Powell, Powell on Real Property vol. 14, at 83.01[3], 83-5 to 83-7 (Michael Allan Wolf ed., Matthew Bender 2014).*

7 *See People v. Chase, 46 N.E. 454, 454-55 (Ill. 1896).*

6 *California, Colorado, Georgia, Hawaii, Illinois, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Nebraska, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Virginia, and Washington. Richard R. Powell, Powell on Real Property vol. 14, at 83.01[3], 83-5 to 83-7 (Michael Allan Wolf ed., Matthew Bender 2014).*

7 *See People v. Chase, 46 N.E. 454, 454-55 (Ill. 1896).*

mining the rights of adverse parties.”⁸ Thus, the Australian system could not be exported to the United States because a register of deeds does not have the constitutional powers of a judge to determine the validity and priority of instruments. Courts in other states had similar views about the unconstitutionality of having a register of deeds declare ownership. Legislatures responded by eliminating this objectionable grant of judicial powers, requiring a court decree before property could be registered. But by requiring a court process to register title, the system became more cumbersome and costly than the Australian model.

All but eleven states that enacted Torrens registration repealed it.⁹ The few surviving state Torrens systems require judicial process consistent with what the early court cases said would be necessary. The Massachusetts statute, for example, requires an action for registration of title in the state’s land court.¹⁰ Most states require the action to be in the trial court of general jurisdiction. When a court decree is obtained it is recorded with the register of deeds, who issues an owner’s certificate of title based on the decree. The register thereafter makes notations on the certificate and issues new certificates as interests in the property are transferred. The register does not perform these functions in the traditional recording system.

судові функції з метою визначення прав конфліктуючих сторін»⁸. Тому австралійська система не може бути експортована до Сполучених Штатів, оскільки реєстратор документів не має конституційних повноважень судді для визначення дійсності та пріоритету документів. Суди в інших штатах мали подібні погляди щодо неконституційності механізму проголошення власності реєстраційною системою. Законодавчі органи відреагували шляхом усунення спірного надання судових повноважень, встановивши вимогу, щоб суд приймав рішення до того, як власність можна буде зареєструвати. Але вимога здійснювати судовий розгляд для реєстрації титулу зробила систему більш складною та витратною порівняно з австралійським зразком.

Всі штати, що запровадили систему Торренса, крім 11, відмінили її⁹. Ті, що залишилися, вимагають судового розгляду, що відповідав би вимогам, сформульованих у ранніх судових справах. Закон Массачусетса, наприклад, вимагає подання заяви про реєстрацію права до земельного суду штату¹⁰. Більшість штатів вимагають подання заяви до суду загальної юрисдикції. Коли рішення суду отримане, воно реєструється у реєстрі документів, який видає сертифікат титулу на основі судового рішення. В подальшому реєстратор робить на сертифікаті відмітки і видає нові сертифікати при передачі прав на майно. У традиційній реєстраційній системі цих функцій реєстратор не здійснює.

⁸ *Id.* at 458.

⁹ *Powell*, *supra* note 6, at 83-5.

¹⁰ *Mass. Gen. Laws ch. 185, § 26 (2011)*.

⁸ *Id.* at 458.

⁹ *Powell*, *supra* note 6, at 83-5.

¹⁰ *Mass. Gen. Laws ch. 185, § 26 (2011)*.

The Torrens registration process, if followed, reduces some risks of the recordation regime. A conveyance passes through a court examination and the intended result is a single certificate of registration reflecting the title picture. Yet completion of the process does not eliminate all of the risks of the traditional system, and introduces some of its own. The Torrens statutes contain several exclusions to the protection of a registered title. These include off-record matters such as unregistered easements and rights of way, spousal rights of possession, certain leases and construction liens, and survey errors.¹¹ Torrens registration also does not eliminate risk due to fraud. Courts have held that someone who later acquires registered property in good faith has legally protected ownership even though registration was earlier obtained through forgery or fraud.¹²

The Torrens assurance fund, which is intended to provide compensation if someone suffers a loss as a result of improper registration, also proved problematic in the United States. Torrens assurance funds are not an indemnity of first resort. Someone who suffers a loss with registered property through the fraud, negligence, mistake, or wrongdoing of someone other than the registrar must first seek recovery against that other party before recovery can be had from the assurance fund. In Massachusetts, for example, a person

При дотриманні реєстраційного процесу за системою Торренса зменшуються деякі ризики режиму реєстрації. Передача права проходить через судовий розгляд з отриманням результату у вигляді єдиного сертифіката реєстрації, що відбиває картину з титулом. Проте проходження цього процесу не усуває усіх ризиків традиційної реєстраційної системи і привносить деякі додаткові ризики. Закони про систему Торренса містять низку винятків із правила про захист зареєстрованого титулу. Вони включають «позареєстраційні» проблеми, такі, як незареєстровані сервітути та права проходу, права подружжя на майно, помилки при проведенні зйомок¹¹. Система реєстрації Торренса також не усуває ризиків, пов'язаних із шахрайством. Суди вважають, що особа, яка добросовісно набуває титул пізніше, має повноцінне право власності навіть тоді, якщо раніше реєстрацію було отримано шляхом підробки або шахрайства¹².

Гарантійний фонд за системою Торренса, який був покликаний забезпечити компенсацію у разі заподіяння комусь збитків у результаті невірної реєстрації, також стикнувся у Сполучених Штатах із проблемами. Гарантійні фонди за системою Торренса не є засобом першої допомоги. Особа, що зазнала збитків з зареєстрованим майном через шахрайство, недбалість, помилку, неправомірні дії когось іншого, окрім реєстратора, повинна спочатку звернутися за відшкодуванням до винної особи

¹¹ *Id.* § 46.

¹² *Eliason v. Wilborn*, 167 N.E. 101, 104-06 (Ill. 1929).

¹¹ *Id.* § 46.

¹² *Eliason v. Wilborn*, 167 N.E. 101, 104-06 (Ill. 1929).

“having a right of action or other remedy for the recovery of such land, estate or interest, shall exhaust such remedy before resorting to the action of contract”¹³ against the assurance fund. Consequently, unless the loss is due solely to registration error, collection from the fund will necessarily entail litigation with another private party--just as in the traditional system.

A Torrens assurance fund is also subject to public budgetary limitations. In California, the statewide fund became bankrupt, leading to the repeal of Torrens registration in that state, and in Nebraska, assurance fund solvency problems led to abandonment of the system.¹⁴ The North Carolina statute requires the state to collect a fee paid when a certificate is registered, but the author was unable to find any evidence that such a fund was actually being maintained, and no practitioner would rely on its existence. Concerns about the depth of the assurance funds' resources raise an important question about whether losses suffered by users of the system should be borne by the public generally, and if not, whether the Torrens assurance accomplishes its intended indemnification purpose.

і лише після цього відшкодування може бути зроблене з гарантійного фонду. У Массачусетсі, наприклад, особа, «що має право пред'явлення позову чи застосування іншого засобу захисту щодо такої землі, майна чи права, повинна використати цей засіб до того, як пред'явити вимогу»¹³ до гарантійного фонду. Відповідно, крім випадків, коли збитків завдано виключно через помилку при реєстрації, стягнення з фонду обов'язково включатиме судовий спір з іншою приватною особою – так само, як і при традиційній системі.

Гарантійний фонд за системою Торренса також підлягає бюджетним обмеженням. У Каліфорнії фонд штату став банкрутом, що призвело до скасування реєстраційної моделі Торренса у цьому штаті, а у Небрасці проблеми з ліквідністю гарантійного фонду призвели до відмови від системи¹⁴. Закон Північної Кароліни вимагає від штату стягувати плату за реєстрацію сертифіката, проте автору не вдалося знайти жодних доказів, що такий фонд був насправді створений, і жоден практикуючий фахівець не буде покладатися на його існування. Побоювання щодо обсягів коштів, що їх можуть надати гарантійні фонди, ставлять важливе питання про те, чи повинне суспільство в цілому покрити втрати, понесені користувачами системи, і якщо ні, то чи досягає система гарантування за системою Торренса своєї наміченої мети — забезпечити захист.

¹³ *Mass. Gen. Laws ch. 185, §101 (2011).*

¹⁴ *Blair C. Schick & Irving H. Plotkin, Torrens in the United States 63-64 (Lexington Books 1978).*

¹³ *Mass. Gen. Laws ch. 185, §101 (2011).*

¹⁴ *Blair C. Schick & Irving H. Plotkin, Torrens in the United States 63-64 (Lexington Books 1978).*

The American Torrens system's limitations resulted in its complete abandonment in most of the states that adopted it, and very infrequent use in the others. In those states that enacted Torrens systems, registration was voluntary, allowing parties to a conveyance to opt for the traditional system. Only Hawaii and parts of Illinois, Massachusetts, Minnesota, and Ohio have used Torrens registration to any significant extent.¹⁵ An advocate for Torrens registration called it the "most infrequently used method of land conveyancing in the United States."¹⁶

Observers have attributed the minimal effect of the Torrens reforms to a variety of factors. Some attribute the result to a combination of "the Bar's unfamiliarity with the system," and "early active opposition on the part of certain vested interest groups, most notably real estate attorneys, title insurance companies, abstract companies, banks and mortgage institutes," who are said to benefit from a system that requires their extensive involvement.¹⁷ In practice, Torrens registration appeals to some commercial interests in unusual circumstances. It proved useful to urban redevelopers who needed to establish boundaries in areas subject to prior survey discrepancies, and to timber companies who wanted to be certain about ownership of large tracts before cutting the timber. The cost and delay of a court proceeding, however, makes it unattractive for most transactions. Those who suspect a title problem have the alternative of a court

Обмеження американської версії системи Торренса призвели до повної відмови від неї у більшості штатів, що запровадили її, і до дуже нечастого використання в інших штатах. У штатах, де було запроваджено систему Торренса, реєстрація була добровільною, дозволяючи сторонам зробити вибір на користь традиційної системи. Лише Гаваї та частини Іллінойса, Массачусетса, Мінесоти та Огайо використовували систему Торренса скільки-небудь значною мірою¹⁵. Прихильники реєстрації Торренса називали її «найбільш нечасто використовуваним методом передачі прав на землю у Сполучених Штатах»¹⁶.

Дослідники пов'язують мінімальний вплив реформи Торренса з різними факторами. Дехто пов'язує такий результат із поєднанням «необізнаності адвокатів із системою» та «ранньою активною опозицією певних впливових груп, насамперед адвокатів з питань нерухомості, компаній, що страхують титули, компаній, що складають історії титулів, банків та іпотечних інституцій», які отримують вигоди від системи, яка вимагає їх активної участі¹⁷. На практиці реєстраційна система Торренса задовольняє певні комерційні інтереси за специфічних умов. Вона зарекомендувала себе корисною для міських забудовників, яким необхідно встановити чіткі межі в місцевостях, де землемірні роботи до того виконувалися неналежно, та для лісових компаній, які прагнуть бути впевненими щодо власності на великі

15 *Id.* at 18.

16 *Student Author, Yes Virginia-- There Is a Torrens Act*, 9 U. Rich. L. Rev. 301, 301 (1975).

17 *Id.* at 319-20.

15 *Id.* at 18.

16 *Student Author, Yes Virginia-- There Is a Torrens Act*, 9 U. Rich. L. Rev. 301, 301 (1975).

17 *Id.* at 319-20.

proceeding to quiet title without having to undertake the Torrens registration process.

Title Insurance

Due to the private nature of property conveyances in the United States, those who acquire rights have always relied on attorneys and other professionals to understand how the system works, to research the public records, and to give advice about the risks and how to address them. These professionals owe a duty of reasonable care to their clients, and if they are negligent in their research or advice they could face liability to their clients for resulting losses. But individual attorneys and other professionals are responsible only for reasonable care and not as guarantors. They also are unlikely to have the resources to fully protect their clients because the risk of loss in real estate, although small in probability, is so great in magnitude.

In a Torrens system the owner looks to the government for protection, but as explained above, the system did not fit well with the American separation of judicial and administrative functions or the limited nature of public resources for private indemnity. There is need for a private assurance mechanism. Such a

території, перш ніж приступити до вирубки ліса. Втім, вартість та тривалість судового розгляду робить систему непривабливою для більшості угод про передачу. Ті, хто підозрює про існування проблеми з титулом, мають можливість вдатися до судового розгляду для уточнення титулу, не вдаючись до реєстраційного процесу за системою Торренса.

Страхування титулу

Через приватну природу передачі прав на майно у Сполучених Штатах особи, що набувають права, завжди покладаються на адвокатів та інших професіоналів, щоб зрозуміти, як працює система, дослідити публічні реєстри, отримати пораду щодо ризиків та їх мінімізації. Ці професіонали мають обов'язок розумного піклування про своїх клієнтів, і, якщо вони допустять недбалість у своєму дослідженні або пораді, вони можуть стикнутися з відповідальністю перед своїми клієнтами за завдані збитки. Але приватні адвокати та інші професіонали відповідають лише за вияв розумної старанності, вони не надають гарантій. Вони також навряд чи мають ресурси для повного захисту своїх клієнтів, оскільки ризик втрати нерухомого майна, хоча і є низьким з точки зору вірогідності, є дуже високим з точки зору обсягу заподіяних збитків.

За системи Торренса власник звертається за захистом до уряду, але, як було показано вище, система не дуже добре узгоджується з американським підходом до розподілу судової та адміністративної функцій чи обмеженою природою громадських коштів, що можуть бути використані для забезпе-

system emerged in the form of title insurance with the development of mortgage lending and a national housing market. Purchasers and lenders needed a standardized and practical method of obtaining indemnity against loss, and the title insurance industry developed as a relatively efficient and reliable means to assure lenders that the borrower can give a valuable mortgage interest in real estate title as security for the loan. Title insurance also proved important in the development of the secondary mortgage market, enabling loan originators to package their mortgages with title insurance policies that are transferable, and giving investors standardized institutional protection of mortgage enforceability based on title. These developments led to widespread reliance on title insurance to the point where, in the words of a federal court: "It is a matter of common knowledge and experience that in the usual situation, title insurance is indispensable to the occurrence of the real estate sale: a seller would be unable to sell his property at its reasonable value if no title company was willing to insure title."¹⁸ Title insurance protects property owners against property defects or unmarketable title. Lenders can obtain loan policies to protect against losses in foreclosure due to title problems. Title insurance does not guaranty payment of the loan.

чення покриття приватним особам. Існує потреба у приватному механізмі покриття. Така система виникла у формі страхування титулів із розвитком іпотечного кредитування та національного ринку житла. Покупці та кредитори потребували стандартизованого та практичного методу забезпечення покриття збитків, і індустрія страхування титулів розробила відносно ефективний і надійний засіб для гарантування кредиторам того, що позичальник може надати цінне іпотечне право у нерухомості як забезпечення кредиту. Страхування титулів стало важливим для розвитку вторинного ринку застав, роблячи можливим формування первинними кредиторами права застави у пакет разом із полісами страхування ризиків, які є відчужуваними, та надаючи інвесторам стандартизований інституційний захист дійсності іпотеки, заснованої на титулі. Такий розвиток призвів до поширення використання страхування титулів до тієї межі, коли, за словами федерального суду, «загальновідомо та є загальною практикою, що у звичайній ситуації страхування титулу невіддільне від продажу нерухомості: продавець буде неспроможний продати своє майно за розумну ціну, якщо жодна страхова компанія не багатиме застрахувати титул»¹⁸. Страхування титулу захищає власників майна від дефектів майна або необоротоздатності титулу. Кредитори можуть отримати поліси страхування кредиту для захисту від збитків при достроковому зверненні стягнення на майно, завданих через проблемиз титулом. Страхування титулу не гарантує виплати кредиту.

18 *Schwartz v. Cmml. Land Tit. Ins. Co.*, 374 F. Supp. 564, 574 (E.D. Pa. 1974).

18 *Schwartz v. Cmml. Land Tit. Ins. Co.*, 374 F. Supp. 564, 574 (E.D. Pa. 1974).

Title insurance is usually an inconspicuously small cost in conveyances. The total charge for title search, examination, and the issuance of a policy is around one percent of the property's sales price. A one-time insurance premium is paid for coverage during ownership and against certain claims in connection with title to the property after it has been conveyed by the insured. In the context of a home purchase in which some or all closing costs are wrapped into long-term financing, insurance premiums rarely attract much attention.

Once issued, a title insurance policy provides protection against a variety of risks such as adverse claims of title and lack of its marketability due to title. But before issuing this protection, the agent searches the records and determines the nature of the title. Title insurance is not intended to be a means for owners and lenders to obtain indemnity against known title problems or risks that cannot be avoided based on examination of the title records. Coverage will not be provided over an identified problem unless the insurer determines the risk is small enough to accept or other protections are provided, such as indemnity is obtained from another party. Standard policy language excludes a number of risks from coverage, such as the effects of land use regulations, bankruptcy, or government expropriation. Additionally, by their terms owners' policies usually do not cover several categories of matters that are not disclosed in the registry records. As one court said, "title insurance companies are only liable for what they do

Витрати на страхування титулу зазвичай складають малопомітну частку при передачі прав. Загальна плата за пошук в реєстрі, вивчення та видачу полісу складає біля одного процента ціни продажу. Одноразова страхова премія виплачується за покриття протягом існування права власності та проти певних претензій у зв'язку з титулом на майно після того, як він був прийнятий застрахованим. У контексті купівлі будинку, при якій деякі або всі витрати на оформлення угоди включаються у довгострокове фінансування, страхові премії рідко привертають багато уваги.

Після видачі поліс страхування титулу надає захист проти низки різноманітних ризиків, таких як претензії на титул з боку інших осіб та неліквідність через недоліки титулу. Але до надання такого захисту агент перевіряє реєстр та визначає природу титулу. Страхування титулу не призначене бути засобом надання власникам та кредиторам захисту від відомих проблем із титулом або ризиків, яких можна уникнути шляхом вивчення записів у реєстрі. Покриття не буде надане виявленій проблемі, якщо тільки страховик не вважатиме ризик настільки низьким, щоб прийняти його, або якщо не надано іншого захисту, наприклад, відмови від претензій іншої сторони. Стандартна мова полісів виключає низку ризиків з-під покриття, зокрема вплив правил про використання землі, банкрутство чи експропріацію урядом. Крім того, за умовами полісів для власників зазвичай не покриваються деякі різновиди проблем, які не відображаються у

not find, or if they become victims of false affidavits tendered to remove title objections. Against this background it would be in our view unrealistic, indeed ostrich-like, to separate the title search process from the pure insurance aspect of the title insurer's activities”¹⁹

Though title insurance will not cover known and identified risks, those who purchase policies benefit from the insurer's incentive to identify risks. Good faith purchasers and lenders would rather have property free of adverse claims, or avoid purchasing property with such claims, than problematic ownership with a right to recover for loss under an insurance policy. Purchase agreements are customarily subject to a determination that title is marketable and free from any encumbrances except usual public utilities. If the search identifies problems, the purchaser probably can either terminate the contract to purchase or renegotiate for a lower price.

In a sense the title policy once issued becomes analogous to the registration certificate in a Torrens system. It will describe the state of title and become a basis for later conveyances without looking beyond the policy. Claims under a title insurance policy are uncommon but they do arise as a result of oversight in the search and examination process and at other times despite all due care. In the

записах реєстру. Як зазначив один суд, «компанії, що страхують титули, відповідальні лише за те, що вони не знайшли, або якщо вони стали жертвами неправдивих заяв, неспроможних усунути заперечення проти титулів. На цьому тлі, на наш погляд, було б нереалістично, по суті, «по-страусиному» відділяти процес пошуку від чисто страхового аспекту діяльності страховика титулу...»¹⁹.

Хоча страхування титулів не покриє відомі та визначені ризики, покупці полісів виграють від того, що страховик зацікавлений виявляти ризики. Добросовісні покупці та кредитори швидше отримають майно, право на яке не оспорується, ніж проблемне майно з претензіями на нього, але з правом отримати покриття збитків за страховим полісом. Договори купівлі-продажу за існуючою практикою містять застереження про те, що титул не обмежений в обороті і вільний від будь-яких обтяжень, окрім звичайних обмежень, пов'язаних із прокладенням комунальних комунікацій. Якщо пошук виявляє проблеми, покупець може або відмовитися від купівлі, або домовитися про нижчу ціну.

У певному сенсі страховий поліс титулу після видачі стає аналогом реєстраційного сертифікату за системою Торренса. Він описує стан титулу і стає основою для подальших його передач без необхідності досліджувати ще щось крім полісу. Вимоги за полісом страхування титулу є малопоширеними, але вони все-таки мають місце як результат помилок при пошуку та

¹⁹ *Id.* at 574.

¹⁹ *Id.* at 574.

author's experience, the most common type of title insurance claim results from conflicts that were not obvious in the recorded instruments. Such hidden defects include errors in property descriptions, which most commonly arise when land is subdivided and the descriptions of the parts do not equal the whole. A second category of common claims is from property tax liens that are not detected prior to the closing. A third results from mistakes in the title examination or the closing process, such as recording the wrong version of a deed. The fourth most common type of claim is due to undischarged mortgages and attachments that went unnoticed in the search. In most cases, title insurance covers these problems if they become known after ownership.

But in essence title insurance is more risk prevention than risk assumption. With most forms of insurance, such as health insurance, insurance companies use much of the policy premiums they collect to pay for insureds' claims. Title insurance is fundamentally different. Title insurers pay a very small part of their collections to insurers who suffer losses. The majority of the premiums are retained by the attorney who conducts the title search before issuing a policy, reflecting the preventative nature of the policy issuance process. The title insurance industry receives about \$11 billion in title insurance premiums annually.²⁰

²⁰ A. M. Best & Co., *Best's Special Report, Title Insurers Cruised in 2012; Poised to Navigate*

вивченні та в інших випадках, незважаючи на належну обачність. З досвіду автора, найпоширенішим різновидом вимог за полісом страхування титулу є вимоги, що випливають із конфліктів, які не є очевидними виходячи із зареєстрованих документів. Такі приховані дефекти включають помилки при описі нерухомості, які найчастіше трапляються при поділі ділянки, коли описи частин не утворюють цілого. Друга група поширених вимог випливає з податкових зобов'язань, не ідентифікованих до підписання договору. Третя є наслідком помилок у вивченні титулу чи у процесі підписання договору, таких як підписання невірної версії договору. Четвертим найбільш поширеним видом вимог є вимоги за непогашеними іпотеками або арештами, непоміченими при пошуку. В більшості випадків страхування титулу покриває ці проблеми, якщо вони стають відомими після набуття права власності.

Але по суті страхування титулів є більшою мірою запобіганням ризикам, ніж їх покриттям. Із більшістю форм страхування, такими як страхування здоров'я, страхові компанії використовують значну частину страхових премій для виплат за вимогами застрахованих. Страхування титулів докорінно відрізняється. Страховики титулів сплачують дуже малу частину їхньої виручки застрахованим, що зазнали збитків. Більша частина премій залишається адвокату, який проводить пошук у реєстрі до видачі поліса, що відбиває превентивний характер процесу страхування титулу. Індустрія страхування титулів отримує біля 11 мільярдів доларів у вигляді страхових

Surveys indicate that about one-third of the closings reveal a title issue, most commonly the need to confirm that a mortgage has been paid, or for unpaid taxes.²¹ But these problems are addressed by the parties before the policy is issued. Based on losses reported to state insurance regulators, title insurers pay out only about three percent of their revenue for losses to insureds.²² Even in unusual circumstances in which title problems went undetected and claims are made, title insurers often can cure the problems by obtaining instruments that can be recorded, such as when mortgages had been paid but no records were filed that the mortgages are no longer enforceable. Title insurers also often can solve problems by negotiating with those who have competing claims, or if necessary with litigation.

Conclusion

Someone who wants to own property in the United States has confidence that the seller's legally enforceable rights can be determined and transferred within mere hours, without any need for government approval or involvement. This system is based on the following fundamental characteristics:

- the right of property ownership,

премій щорічно²⁰. Дослідження показують, що біля третини угод виявляють проблеми з титулом, найчастіше – необхідність підтвердження погашення іпотеки або наявності податкового боргу²¹. Але ці проблеми вирішуються сторонами до видачі полісу. Виходячи зі збитків, про які відзвітовано регуляторам страхових ринків штатів, страховики титулів виплатили лише біля трьох процентів їхнього доходу як відшкодування збитків застрахованих осіб²². Навіть за незвичайних обставин, коли проблема з титулом не була виявлена і пред'явлені претензії, страховики титулів часто можуть усунути проблему шляхом отримання документів, які можуть бути зареєстровані, як у випадку, коли іпотеку погашено, але в реєстрі не зроблено запису про те, що іпотека більше не є чинною. Страховики титулів також часто можуть вирішити проблеми шляхом переговорів з тими, хто оспорує титул, або, у разі необхідності, шляхом участі у судовому розгляді.

Висновки

Особа, що хоче володіти нерухомим майном, у Сполучених Штатах має впевненість у тому, що юридично захищені права продавця можуть бути визначені та передані протягом лічених годин без потреби у схваленні урядом або його втручання. Система ґрунтується на наступних основних рисах:

20 A.M. Best & Co., *Best's Special Report, Title Insurers Cruised in 2012; Poised to Navigate Potential Choppy Seas Ahead* (2013), http://www.alta.org/industry/ambest_2013_title.pdf.

21 Joseph W. Eaton and David J. Eaton, *The American Title Insurance Industry: How a Cartel Fleeces the American Consumer* 18-19 (N.Y. Univ. Press 2007).

22 *Id.* at 71-72.

21 Joseph W. Eaton and David J. Eaton, *The American Title Insurance Industry: How a Cartel Fleeces the American Consumer* 18-19 (N.Y. Univ. Press 2007).

22 *Id.* at 71-72.

including the right of exclusive use and the right to transfer, is constitutionally protected and is not derived from an act of government recognition;

- acquired property rights can be enforced in civil court actions against competing claimants based on state law;
- state governments provide registries that enable good faith purchasers and lenders to give notice of their rights to all others and to exclude others from obtaining superior competing claims; and
- purchasers and lenders can protect against many of the risks involved in the conveyancing system by purchasing title insurance, which is aimed at preventing assumption of risks that can be avoided and at providing private indemnity for certain undetected problems.

This system mostly works efficiently and reliably without need for reliance on governmental sanction or remedy. But to protect themselves property owners and lenders have all the burden of conducting research to verify claims of ownership, assessing the legal risks of information, drafting legally sound instruments, and arranging for appropriate insurance against the possibility of major loss.

- право власності на майно, включаючи право виключного користування та права передачі, конституційно захищене і не виводиться із визнання його урядом;
- набуті права на майно можуть бути захищені шляхом подання цивільних позовів проти осіб, що претендують на майно, на основі права штатів;
- уряди штатів ведуть реєстри, які надають добросовісним покупцям та кредиторам можливість повідомити про свої права всіх інших та запобігти виникненню в усіх інших конкуруючих прав на майно вищого пріоритету; та
- покупці та кредитори можуть захищатися від багатьох ризиків, якими характеризується система передачі титулів, шляхом страхування титулу, що спрямоване на відвернення покриття тих ризиків, яким можна запобігти, та на надання приватного покриття певних невиявлених проблем.

Ця система працює в основному ефективно та надійно без потреби покладатися на урядовий дозвіл або захист. Але для свого захисту власники майна та кредитори несуть увесь тягар проведення пошуку для перевірки претензій на власність, оцінюючи правові ризики інформації, складаючи юридично правильні документи та забезпечуючи належне страхування від можливості настання основних ризиків.

Акти законодавства з питань реєстрації речових прав на нерухоме майно окремих зарубіжних країн

Системи реєстрації прав

- **Грузія** (країна, що є першою в рейтингу “Doing Business” за критерієм “Реєстрація власності”) — Закон “Про публічний реєстр”: https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.drsu.gov.ua%2Ffile%2F11000&ei=TWG6VMqWD4PgaLzhgoAC&usg=AFQjCNG8h6jgMyNh_8jDRA2rwDhHODNzsw&sig2=HcvUbkmldQtuvdflxnQ1lA&bvm=bv.83829542, d. d2s.
- **Ньюфаундленд** (провінція Канади) — Registration of Deeds Act, 2009: <http://assembly.nl.ca/Legislation/sr/statutes/r10-01.htm>.
- **Сінгапур** (країна, що є першою в рейтингу Doing Business) — Registration of Deeds Act, revised edition of 15th March 1989: <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;page=0;query=DocId%3A%22f087d8d3-bc21-46bc-9cbb-c3b744d3c76b%22%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0>.

Системи реєстрації правочинів

- **Каліфорнія** — California Civil Code: http://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=2.&title=4.&part=4.&chapter=4.&article=4.
- **Масачусетс** (штат США з найбільш типовим для США реєстраційним законодавством) — The Commonwealth of Massachusetts. General Laws. Part II. Title I. Chapter 183. Section 4: <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartII/TitleI/Chapter183/Section4>.
- **Північна Кароліна** — North Carolina General Statutes. Chapter 47: Probate and Registration. § 47-18: http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/HTML/BySection/Chapter_47/GS_47-18.htm.

Заказ № 243 от 29.09.2015

Видавець і виготовлювач: ТОВ “АДЕФ-ПРІНТ”
01030, Київ, вул. Б. Хмельницького, 32, оф. 40а
тел.: (044) 284-08-60, факс: (044) 284-08-50
e-mail: adef@adef.com.ua
www.adef.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4829 від 14.01.2015