

Резюме

В статье анализируется история возникновения развития и становления науки о нотариальном процессе как одном из видов юридического процесса

**Ключевые слова:** форма, нотариальная деятельность, юридический процесс, нотариальное процессуальное право, нотариальный процесс.

Summary

The article reviews the history of the development and establishment of the science of the notarial process as one of the types of legal process

**Key words:** shape, notarial activities, legal process, procedural law notary, the notarial process.

Отримано 18.09.2012

**І. Ф. СЕВРЮКОВА**

*Інна Феліксівна Севрюкова, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

**ІПОТЕЧНИЙ ДОГОВІР У СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ**

Вивчення правової природи іпотечного договору неможливе без визначення місця даного договору та підстав його виокремлення в системі цивільних договорів. Такий підхід допомагає не тільки виявити співвідношення іпотечного договору з тією чи іншою групою цивільних договорів, а й встановити його характерні риси та особливості правового регулювання.

Справедливою виглядає думка М. І. Брагінського щодо виокремлення певного виду договору і встановлення спеціального режиму для нього. Відомий науковець вважає, що «кожного разу, коли законодавець виділяє який-небудь тип (вид) договорів і встановлює для нього спеціальний правовий режим, він тим самим створює модель, яка слугує еталоном не лише у разі прийняття нових, а й у разі застосування діючих норм»<sup>1</sup>.

На наш погляд сутність договору залежить і зумовлюється його специфікою, яку автор називає спеціальним правовим режимом. Втім, специфіку будь-якого договору і, зокрема, іпотечного, не можна досліджувати поза межами існуючої на сьогодні системи цивільно-правових договорів з усіма класифікаційними критеріями їх поділу.

Проведення класифікації договорів у цивільно-правовій доктрині здійснювалось із застосуванням різноманітних критеріїв.

Безумовно, без визначення основних критеріїв поділу договорів не можна, на нашу думку, провести виокремлення конкретного договору і визначити його специфіку, оскільки як було зазначено вище, особливості конкретних майнових відносин втілені саме в диференціації договорів.

«Система договорів, – справедливо вказує сучасний російський цивіліст Ю. В. Романець, – повинна містити чітку відповідь на питання про те, чим обумовлені правові особливості того чи іншого типу (виду) договору і чому він за своєю регламентацією відрізняється від інших договорів. Для вирішення цієї задачі система договорів повинна будуватися на підставі аналізу тих ознак, які зумовлюють правове регулювання»<sup>2</sup>.

Сучасний український цивіліст С. М. Бервено, у свою чергу, розкриває сутність вибору класифікаційних критеріїв цивільно-правових договорів і підкреслює значення класифікації, що проявляється в її функціях. Автор, зокрема, підкреслює: «основними функціями класифікації цивільно-правових договорів виступають: конститутивно-класифікуюча; системно-стабілізуюча і кваліфікуюча; однозначності та одноманітності, зміст яких полягає а) в можливості виділення основних ознак відповідних договорів, формульованні загальних положень, які мають відношення до всіх договорів тієї чи іншої групи; б) в наданні договірним правовідносинам шляхом юридичного закріплення суспільних зв'язків суб'єктів договорів рис стабільності і визначеності, створенні зв'язку між всіма різновидами договорів та унеможливленні розташування одного виду договору у різних класифікаційних групах, що забезпечує формування єдиної системи договорів... (системно-стабілізуюча і кваліфікуюча функція); 3) в сприянні систематизації накопичених знань, забезпеченні належного використання понять і термінів, усунуванні двозначності і неоднозначності мови науки (функція однозначності і одноманітності)»<sup>3</sup>.

Слід зазначити, що на сьогодні підстави (критерії) класифікації застосовуються залежно від способу класифікації. (М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, С. М. Бервено, Ю. В. Романець та ін.).

Найбільш важливою для класифікації цивільно-правових договорів є дихотомія, або інакше «поділ навпіл», яка спирається на одну з наступних підстав: розподіл прав та обов'язків між сторонами (1), наявність зустрічного задоволення (2), момент виникнення договору (3). Використання зазначених підстав дає змогу виокремити три пари договорів: односторонні та двосторонні (1), відплатні та безвідплатні, (2) реальні та консенсуальні (3)<sup>4</sup>.

Практичне значення можуть мати для визначення правового режиму відповідних договорів і інші види поділу, що здійснюються за правилами дихотомії. Зокрема, це такі види договорів, як основні та додаткові; основні та попередні; речові та зобов'язальні; укладені на користь контрагентів і на користь третіх осіб; мінові та ризикові (алеаторні).

У теорії цивільного права відмінним від дихотомічного критерію вважається критерій універсальний. При цьому використовується одноступенева (одноразова) або багатоступенева класифікація договорів, для побудови якої використовуються універсальні критерії.

С. М. Бервено підкреслює, що «класифікації договорів, що передбачають одноразове (одноступеневе) ділення, будуються за економічним та юридичним критерієм, або у поєднанні того та іншого. Багатоступенева класифікація договорів передбачає багаторазове ділення; при цьому на кожному новому рівні повинен бути обраний інший критерій і договори мають відображати особливості попередніх»<sup>5</sup>.

У зв'язку з вищенаведеною проблематикою поділу цивільних договорів спробуємо спочатку визначитися з приналежністю іпотечного договору до відповідної класифікаційної групи, застосовуючи дихотомічний принцип поділу.

За умов застосування такої підстави поділу, як момент виникнення прав та обов'язків сторін за договором, згідно з якою вони поділяються на консенсуальні та реальні, іпотечний договір слід віднести до категорії консенсуальних договорів. Такий висновок можна зробити виходячи з аналізу положень ст. 3 Закону України «Про іпотеку», в якій вказується, що взаємні права та обов'язки іпотекодавця та іпотекодержателя за іпотечним договором виникають з моменту його нотаріального посвідчення.

Наскільки безспірним і доцільним виглядає саме такий підхід законодавця? Чи є можливою і доцільною конструкція «реального іпотечного договору»? На нашу думку, даний договір може бути тільки консенсуальним, оскільки основна функція іпотечного договору – забезпечувальна. Права і обов'язки сторін виникають з моменту оформлення їх домовленості за основним зобов'язанням і додатковим, іпотечним. Проміжок в часі може призвести до численних зловживань з боку боржників.

Розглянемо спочатку підстави одноступеневої класифікації.

Одні вчені пропонували використовувати економічний критерій, тобто класифікацію договорів за економічними ознаками, підкреслюючи, що економічна ознака являє собою першопричину, яка зумовлює правовий результат<sup>6</sup>, інші наполягали на використанні суто юридичних критеріїв поділу<sup>7</sup>, а треті відзначали, що можна застосовувати лише комбінований критерій, який поєднує економічні й відповідні юридичні ознаки<sup>8</sup>.

Виникає питання, чи можна застосувати економічний критерій поділу стосовно іпотечного договору? Дійсно, укладенню іпотечного договору передують суто економічна мета – забезпечення належного виконання основного зобов'язання, як правило, кредитного договору. Як в такому випадку розібратися з економічним критерієм? Слід звернутися, на нашу думку до економічних досліджень.

Економісти, зокрема, під іпотекою розуміють «заставу нерухомості з метою отримання кредиту в банку чи в небанківській установі»<sup>9</sup>. Втім, належне виконання зобов'язання може забезпечуватися за допомогою інших способів – неустойки, поруки, гарантії, притримання, завдатку (ст.ст. 546–597 ЦК України).

Слід звернути увагу, що в економічній науці, як правило, при визначенні поняття іпотеки виходять із взаємозв'язку застави нерухомості й кредиту. Л. Белих під іпотекою розуміє «фінансовий інструмент, який полягає у наданні кредиту під заставу нерухомості». В. Кудрявцев розглядає іпотеку, як «заставу нерухомого майна (землі, споруд) для одержання кредиту»<sup>10</sup>.

Можна зробити висновок, що економічна мета може бути досягнута різними способами. І навіть такий критерій, як «застава нерухомості», не відбиває повністю всіх необхідних аспектів такого явища, як іпотека. Необхідно з метою виділення окремих, характерних рис іпотеки створювати відповідну правову конструкцію яка відповідала б прагненням учасників економічного обороту – належним чином захищала права як кредитора, так і боржника.

Економічного критерію, на нашу думку, недостатньо для того, щоб повністю відокремити й охарактеризувати іпотечний договір.

Прихильники виділення правового критерію звертали увагу на необхідність насамперед саме його визначення.

М. В. Гордон, підкреслюючи переваги правового критерію поділу цивільних договорів, наголошував на тому, що «на відміну від економічних критеріїв поділу договорів, правові критерії пов'язують договірні відносини з характеристикою того вольового акту, який вчинили сторони на підставі економічних відносин, які виникли раніше. Правова характеристика визначає особливості відносин після того, як вони пройшли через волю і свідомість людей. Договір характеризується тут вже як акт юридичний, а не як наслідок економічних відносин»<sup>11</sup>.

В принципі з вказаною точкою зору слід було б погодитися.

У цьому зв'язку хотілося б підкреслити, що іпотечний договір є правочином і являє собою вольовий акт. Сторони даного договору спрямовують свою волю, взаємну та узгоджену, на досягнення певного правового

результату. І таким результатом є, на нашу думку, встановлення обтяження права власності боржника на відповідне майно.

Підтвердження такого висновку можна знайти у відповідних нормах Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Так, згідно із п. 4 ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в редакції від 11 лютого 2010 р. № 1878: «обтяження – заборона розпоряджатися та/або користуватися нерухомим майном, яка встановлена або законом, або актами уповноважених на це органів державної влади, їх посадових осіб або яка виникає на підставі договору».

Правову характеристику іпотечному договору можна надати лише після завершення дослідження його правової природи, адже в законодавстві визначення такого договору на сьогодні відсутнє. Можна зазначити, що правова конструкція іпотечного договору надає можливість сторонам договору, що встановлює основне зобов'язання, забезпечити виконання останнього за допомогою виокремлення з майнової маси, яка належить боржнику певного майна, що має високу цінність і на яке можна звернути стягнення в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання і деяких обов'язків іпотекодавця у спосіб, що найбільше відповідає інтересам кредитора і обумовлений сторонами.

Втім, зробивши аналіз економічного та юридичного критеріїв поділу, не можна не побачити їх взаємну залежність і вплив економічних потреб на певну правову регламентацію.

У теорії цивільного права було виявлено взаємопов'язаність цих двох критеріїв і запропоновано їх спільне використання у вигляді так званого комбінованого критерію.

Необхідність застосування комбінованого критерію його прихильники вбачають у тому, що економічні та юридичні ознаки необхідно розглядати в їх нерозірваній єдності<sup>12</sup>. О. С. Іоффе характеризує поведінку сторін договору як економічну за змістом і юридичну за формою.

За таким критерієм договори поділяють на дев'ять груп: 1) договори з відплатної реалізації майна; 2) з відплатної передачі майна у користування; 3) з безвідплатної передачі майна у власність або користування; 4) з виконання робіт; 5) з надання послуг; 6) з перевезень; 7) з кредиту та розрахунків; 8) із спільної діяльності; 9) зі страхування.

Зазначену класифікацію критикували за те, що вона не охоплювала всіх договорів. Ми приєдуємося до такої критики. Зокрема, іпотечний договір не можна віднести до жодної з представлених у цій класифікації груп. З цього приводу справедливою виглядає точка зору М. І. Брагінського, який дійшов обґрунтованого висновку, що побудова системи договорів за однією підставою безперспективна<sup>14</sup>.

З цього приводу Ю. В. Романець зауважує: «Може бути множинність класифікацій, кожна з яких здійснюється за єдиною підставою. Між тим, наявність декількох нормоутворюючих факторів не породжує хаотичної сукупності норм. Договірне право тому і є системою, що існує чітка «ієрархія» між системними ознаками, між класифікаціями, проведеними на підставі цих ознак і, як наслідок, між обумовленими ними правовими нормами<sup>15</sup>.

Слід зазначити, що такий спосіб поділу цивільно-правових договорів, як вже зазначалося вище, в цивілістичній літературі називається багатоступеневим. Він був запропонований Є. О. Сухановим і підтриманий багатьма сучасними цивілістами – М. І. Брагінським<sup>16</sup>, Н. Д. Єгоровим<sup>17</sup>, Ю. В. Романцем<sup>18</sup>, С. М. Бервено<sup>19</sup> та ін.

Сутність даного поділу полягає в тому, що договори, об'єднані у певні групи, на кожній наступній сходинці відбивають особливості попередніх і, крім цього, характеризуються додатковою специфікою<sup>20</sup>.

На нашу думку, саме такий спосіб класифікації дає нам змогу побачити повну картину розмаїття договорів, які утворюють єдину договірну систему. Але для систематизації необхідно визначити відповідні елементи системної структури, забезпечити підстави поділу.

У цьому зв'язку, слід було б зупинитися на дослідженні структурних елементів договірної системи і встановити, до якого з них ми можемо віднести договірну конструкцію, що нами досліджується.

Вченими-цивілістами пропонуються такі диференційовані елементи системи договорів, як тип, вид договору, підвид.

Деякі з них виділяють такий елемент системи, як рід договору<sup>21</sup>.

«Категорія роду є загальноправовим регулятором, що охоплює всю сукупність договірних відносин, які ґрунтуються на волевиявленні їх учасників»<sup>22</sup>. Відтак, можна зробити висновок, що рід договору є категорією, яка є загальною для всіх договорів.

На нашу думку, застосування такої категорії, як рід договору для класифікації цивільних договорів виглядає надто спірним. Вважаємо, що категорія рід договору є базисним критерієм для відмежування, виокремлення договору в системі підстав виникнення цивільно-правових відносин. Дану категорію слід використовувати для виявлення відмінностей між категоріями «правочин» та «договір», договірних правовідносин та позадоговірних.

Що стосується дослідження класифікаційних критеріїв договірної системи і визначення місця конкретного, зокрема, іпотечного договору в цій системі, зазначена спірна категорія не надає відповідних можливостей. Тобто, це зовсім інша площина дослідження, яка не стосується нашого питання. У зв'язку з цим ми не будемо зосереджувати увагу на такому класифікаційному критерії, як рід договору при визначенні місця іпотечного договору в системі цивільно-правових договорів.

Відомі цивілісти підходили до визначення елементів системи договорів наступним чином.

С. А. Хохлов, зокрема, зосереджуючи увагу на порівнянні категорій тип і вид договору зазначав: «В нормах права закріплені загальні ознаки договірних зобов'язань з виділенням типів та видів договорів. Тип договору можна визначити як сукупність юридичних ознак договору, закріплених в нормах самостійного правового інституту... Різновид договору – сукупність юридичних ознак, які закріплені в нормах, що входять до складу будь-якого інституту договірної права і характеризують специфічні особливості одного з підрозділів у складі договорів певного типу»<sup>23</sup>.

Виникає питання, як в такому випадку визначати тип договору, за яким критерієм слід відносити іпотечний договір до типу чи виду?

Іпотечний договір насамперед є підставою виникнення певного забезпечувального правовідношення. Проте іпотека, що виникає на підставі даного договору, – не єдиний вид такого забезпечення. В ЦК передбачені й інші (неустойка, порука, гарантія, завдаток і притримання), при чому їх перелік не є вичерпним. В цьому, на нашу думку, проявляється один із найважливіших принципів договірної права і, взагалі, цивільного – принцип свободи договору. Тобто, існують різні види забезпечувальних договорів. Зазначена достатня кількість однорідних за своєю спрямованістю договорів дає нам підстави стверджувати, що забезпечувальний договір слід вважати типом договору із всіма, притаманними йому загальними ознаками – акцесорності, обов'язковості письмової форми тощо.

Елементами системи забезпечувальних договорів виступають договори поруки, завдатку, притримання, заставні договори тощо. Відтак, заставні договори є видом забезпечувальних договорів, які являють собою окремий договірний тип. Заставні договори, в свою чергу, не є однорідними і складаються з певних елементів – підвидів.

Можна зробити висновок про поліструктурність забезпечувальних договорів, що зумовлює поділ даного типу на види й підвиди.

Іпотечний договір є також елементом ще однієї договірної системи – заставних договорів. Іпотека – це різновид застави, а, отже, іпотечний договір – підвид заставного договору.

На нашу думку, диференційовані елементи самі по собі не несуть змістовного навантаження, оскільки необхідно встановити підстави поділу договорів на види. З цього приводу Ю. В. Романец пояснює, що саме «спрямованість на настання певного результату» слід розглядати як основний системний фактор. Всі інші ознаки, на думку автора, як правило, лише уточнюють правове регулювання, що обумовлено спрямованістю<sup>24</sup>.

Пропозиція встановити такий критерій поділу як «спрямованість договору», а точніше – зобов'язання, була запропонована М. М. Агарковим<sup>25</sup> і конкретизована О. О. Красавчиковим<sup>26</sup>. Тобто, ця ідея не є новою. Сучасні автори розглядають цей критерій у рамках багатоступеневої класифікації договорів.

Відтак, застосування багатоступеневого критерію поділу разом з дихотомічним призводить до того, що, наприклад, іпотечний договір слід було б охарактеризувати як забезпечувальний речовий договір, спрямований на обтяження права власності на нерухомість, з метою забезпечення належного виконання зобов'язання боржником.

<sup>1</sup> Гражданское право. Учебник в 3 томах. Т. 1. / [Егоров Н. Д., Елисеєв И. В., Иванов А. А. и др.]; отв.ред. Сергеев А. П., Толстой Ю. К. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 776 с. – С. 19.

<sup>2</sup> Романец Ю. В. Система договоров в Гражданском праве России / Романец Ю. В. – М.: Юрист, 2001. – 496 с. – С. 134.

<sup>3</sup> Бервено С. М. Проблеми договірної права в Україні: автореф. Дис. На здобуття наук, ступеня доктора юр. наук: спец. 12.00.03 „Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / Бервено С. М. – К., 2006. – 40 с.

<sup>4</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения / Брагинский М. И., Витрянский В. В. – М.: Статут, 1998. – 682 с. – С. 308.

<sup>5</sup> Бервено С. М. Вказана праця. – С. 32.

<sup>6</sup> Асканзий С. И. Гражданское и административное право в социалистической системе воспроизводства. / Асканзий С. И. – М.: Знание, 1951 – 512 с. – С. 37.

<sup>7</sup> Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве / Гордон М. В. // Ученые записки Харьковского юридического института. – 1954. – Вып. 5. – С. 69–70.

<sup>8</sup> Иоффе О. С. Обязательственное право / Иоффе О. С. – М.: Госюриздат, 1975. – 872 с. – С. 25.

<sup>9</sup> Любунь О. С. Іпотечний ринок. Підручник / Любунь О. С., Кіреєв О. І., Денисенко М. П. – К.: Атіка, 2006. – 448 с. – С. 6.

<sup>10</sup> Любунь О. С. Вказана праця. – С. 8.

<sup>11</sup> Гордон М. В. Вказана праця. – С. 69–70.

<sup>12</sup> Иоффе О. С. Вказана праця. – С. 652–653.

<sup>13</sup> Там само. – С. 38.

<sup>14</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказана праця. – С. 32.

<sup>15</sup> Романец Ю. В. Вказана праця. – С. 32.

<sup>16</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказана праця. – С. 312.

<sup>17</sup> Гражданское право. Учебник в 3 томах. Т. 1. / [Егоров Н. Д., Елисеєв И. В., Иванов А. А. и др.]; отв.ред. Сергеев А. П., Толстой Ю. К. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 776 с. – С. 256.

<sup>18</sup> Романец Ю. В. Вказана праця. – С. 33.

<sup>19</sup> Бервено С. М. Вказана праця. – С. 29.

<sup>20</sup> Там само. – С. 32.

<sup>21</sup> Там само. – С. 30.

<sup>22</sup> Там само. – С. 31.

<sup>23</sup> Хохлов С. А. Техника договорной работы // Антология уральской цивилистики 1925–1989: Сборник статей / Хохлов С. А. – М.: Статут, 2001. – 431 с. – С. 203–241.

<sup>24</sup> Романец Ю. В. Система договоров в Гражданском праве России / Романец Ю. В. – М.: Юрист, 2001. – 496 с. – С. 45.

<sup>25</sup> Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 томах. / Агарков М. М. – Т. 1. – М.: ЮрИнфо . – 490 с. – С. 119.

<sup>26</sup> Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / Красавчиков О. А. – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с. – С. 120.

### Резюме

У статті розглядається проблема правової природи іпотечного договору та визначення його місця у системі цивільно-правових договорів.

Особлива увага приділяється дослідженню впливу правової природи іпотечного договору, особливості мети його укладення, специфіки прав та обов'язків сторін на обрання класифікаційних підстав та критеріїв стосовно визначення місця даного договору у системі цивільно-правових договорів.

**Ключові слова:** іпотечний договір, система цивільно-правових договорів, підстави класифікації.

### Резюме

В статье рассматривается проблема правовой природы ипотечного договора и определение его места в системе гражданско-правовых договоров.

Особое внимание уделяется исследованию влияния правовой природы ипотечного договора, особенности целей его заключения, специфики права и обязанностей сторон на выбор классификационных оснований и критериев относительно определения места данного договора в системе гражданско-правовых договоров.

**Ключевые слова:** ипотечный договор, система гражданско-правовых договоров, основания классификации.

### Summary

The article is devoted to research the problem of legal essence of mortgage contract and determining his location in the system of civil-law contracts.

The special attention is spared to research of influence of legal essence of mortgage contract, feature of aims of his conclusion, the specific of rights and duties of parties at choice classification criteria of classification of this contract in the system of civil-legal contracts.

**Key words:** mortgage contract, system of civil-legal contracts, criteria of classification.

*Отримано 27.09.2012*

### **М. П. СТАДНИК**

*Микола Петрович Стадник, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **НОВИЙ ТРУДОВИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СОЦІАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА В УКРАЇНІ**

Перехід до ринкової економіки, визнання рівними різних форм власності дало змогу перейти від командно-адміністративної системи управління економікою до ринкової. Однією із ознак ринкової економіки є договірний характер колективних відносин. Абсолютно очевидно, що вказані відносини вимагають правового регулювання, тому проведення кодифікації практично всіх галузей права, а особливо трудового, – об'єктивна необхідність. Трудове законодавство покликане врегулювати ті суспільні відносини в сфері праці, які фактично сформувалися. Однією із причин реформування трудового законодавства є докорінна зміна функцій і завдань держави в сфері застосування найманої праці, що повинна створити умови, за яких наймані працівники та роботодавці матимуть рівні права, забезпечити баланс інтересів суб'єктів трудових правовідносин. Особливо це важливо в період економічної кризи, яка загострила протиріччя в сфері застосування найманої праці, що призводить до виникнення як індивідуальних, так і колективних трудових спорів, появи соціальної напруги в суспільстві. Тому питання формування та розвитку законодавства з соціального партнерства в Україні є актуальним не лише з чисто теоретичної, а й з практичної точки зору.

Побудова демократичних інститутів у суспільстві, розбудова правової держави, утвердження соціальної справедливості та соціального миру – ось ті основні завдання, які стоять перед Україною. Тому на часі є питання соціального партнерства в Україні, розвиток цього інституту.