

### ІПОТЕКА ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ ТА ЇЇ РЕЦЕПЦІЯ У СУЧАСНЕ ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

В останні десятиріччя в Україні має місце значне зростання інтересу до римського права, зумовлене змінами в політичному, соціальному і економічному житті суспільства і трансформаціями концепції національної правової системи.

Прояв цього інтересу є помітним у різноманітних сферах.

Зокрема, останнім часом науковцями України Римське право розглядається не лише як одна з навчальних дисциплін, що є вже достатньо традиційною для вищих юридичних навчальних закладів у нашій та інших європейських державах, але також як підґрунтя сучасної цивілістики [1] і як база юридичної освіти взагалі. [2]

Враховуючи ці обставини і з урахуванням прагнення України інтегруватися в Європейське співтовариство, римське право слушно пов'язується з магістральними тенденціями розвитку права України і розглядається в перспективі його розвитку у третьому тисячолітті. [3,4]

Саме цим пояснюється зростання інтересу до досліджень у галузі римського права в історико-правовому, порівняльно-правовому та інших аспектах.

З стародавніх часів у римському приватному праві була розроблена ефективна система забезпечення належного виконання зобов'язань, яка була націлена у першу чергу на захист інтересів кредитора і до того ж, як правило, на стимулювання боржника до виконання зобов'язань шляхом впливу на його майнову сферу.

Ця система вдосконалювалася протягом століть і врешті виявилася настільки вдалою, що згодом без істотних змін була запозичена переважною більшістю європейських держав, у тому числі, й Україною.

У Древньому Римі з II століття до н. е. поряд зі стародавніми формами заставного права — фидуцією та пігнусом, стала діяти ще одна форма застави — *hypotheca*. Вважається, що самим давнім випадком, що привів до створення особливого заставного права з абсолютним захистом і без негайного переходу володіння до кредитора був найом сільськогосподарських ділянок. Цього роду застава полягала в тому, що орендар земельної ділянки за договором встановлював право застави на завезений їм інвентар хазяїнові ділянки. Катон Старший свідчить, що з II століття до Р. Х. ця форма забезпечення справного внеску платежів.

Ульпіан писав: «У власному змісті ми називаємо заставою те, що переходить до кредитора, при іпотечі ж до кредитора не переходить володіння». [5]

Багато вчених називають цю форму заставним правом. А. Минервин пише, що «заставне право як самостійний інститут зі своїм особливим змістом, формою, що відповідає її змісту й меті, з'являється в римському праві тільки з виникненням іпотеки». [6]

Поступово *hypotheca* була оголошена такою, що застосовується до всіх зобов'язань. Особливо в епоху загальнонародного права, коли одержує особливо

широкий розвиток договор найму майна. У цей період (як і при *pignus*) для судового здійснення права володіння були уведені *actio Serviana utilis*, *quasi Serviana*, *hypothecaria*, просто *Serviana*.

З появою *actio Serviana* (увів його в I столітті до н. е. Сервій Сульпицій), що виникнув в останнім столітті республіки для випадку, коли закладені об'єкти були передані орендарем в інші руки й створилося заставне право в якості особливого *jus in re aliena*: заставник залишалася власником закладених речей.

Введення *actio quasi Serviana* або *actio hypothecaria*, що бере своє існування з юрисдикції претора, було завершальним етапом у розвитку заставного права. Дія цих позовів впливало на права кредитора. Шляхом цих позовів кредитор зажадав собі володіння закладеним майном.

Думки щодо походження іпотеки в літературі різні. Одне з думок, якого дотримуються багато вчених, полягає в тому, що іпотека — це інститут не римського походження, що римляни його запозичили від греків.

Наприклад, Ф. А. Брокгауз і І. А. Ефронь у своєму енциклопедичному словнику на доказ цього затверджують, що саме слово «іпотека» (*hypotheca*) вказує на його грецьке походження, введено вперше Солоном на початку VI століття до Р. Х. До цього часу в Афінах зобов'язання забезпечувалися особою боржника, якому, у випадку несправності загрожувало рабство.

Для переходу особистої відповідальності в майнову, Солон придумав такий засіб: кредитор ставив на масток боржника (на прикордонній межі) стовп із написом, що це майно служить забезпеченням його претензії на відому суму. Такий стовп називався іпотекою (підставкою). «У переносному значенні це слово стало вживатися для позначення застави»

Прихильники такої теорії посилаються й на те, що в самому інституті іпотеки існує багато й інших грецьких назв, наприклад, *hyperocha*, *antichresis*; що в римлян такий рід встановлення речового забезпечення ввійшов у вживання вже після скорення Греції; що, нарешті, як римська, так і грецька іпотека у своєму змісті мають багато подібності між собою.

Однак, незважаючи на всі ці висновки, з яких майже всі, будучи окремо взяті цілком безперечні, можна не погодитися з такою думкою.

Як вважає І. С. Перетерский, застава без передачі речі кредиторів одержала у Римі грецьку назву *hypotheca* (однак, навряд чи тут є рецепція грецького права — термін *hypotheca* з'являється лише в III ст., тоді як відповідні відносини існували в Римі набагато раніше). [7]

Крім найму сільськогосподарських ділянок, існувала ця форма забезпечення договору, маючи всі ознаки іпотеки й відрізнялася від тієї, котра одержала назву «іпотека» колом об'єктів: однією стороною в обов'язковому порядку була держава або муніципія.

Довгий час, як відомо, вчені вважали, що майже весь зміст XII таблиць містить у собі грецьке право; однак, після ретельного дослідження їхнього змісту прийшли до висновку, що римлянами були запозичені від греків постанови тільки вільної природи, як наприклад, приписи щодо свят на честь померлого і їхнього обмеження, на що вказують самі римські письменники.

Тим часом, щодо запозичення римським правом визначення грецької іпотеки ми не знаходимо в них ніякої вказівки.

М. Пухта, що дотримувався такої ж думки щодо походження римської іпотеки висловлював точку зору про вплив законодавства: «вплив чужоземного законодавства зводиться на деякі правові визначення довільної природи, а тому й мало залежні від своєрідних правових поглядів відомого народу». Якщо на користь протилежного погляду посилялися на загальні подібності окремих положень права, то при цьому зовсім забували, що такі подібності зустрічаються між правом всіх народів, подібності ж у правах родинних по племені римлян і греків найменше можуть братися в розрахунок.

Потрібно помітити, що подібність між римською й аттичною іпотекою далеко не повне. В аттичній іпотеці ми зустрічаємо ту необхідну приналежність сучасній іпотеці, хоча й у грубій формі, публічність, який не вистачало в римській іпотеці.

Як вважає А. Минервин, іпотека одержала свій початок і розвиток від закладання *investa et illata*, що вживалося в римлян для забезпечення виконання орендного договору. Орендарі землі, колони нічого не мали, крім свого інвентарю, який й був предметом застави. [6]

Встановлення забезпечення в цивільній формі через передачу власності було досить важко, тому що воно можливо тільки через акт *in iure cessio*, що, як відомо, міг відбуватися тільки перед претором або правителем провінції, по-друге, віритель, що придбав річ орендаря у власність, повинен був би знову передати йому її в прекарне володіння, тому що останній без її був позбавлений всякої можливості тримати оренду.

Нарешті, у фідучії могли служити предметом забезпечення тільки речі спеціально визначені, а не колективно, так щоб всі речі, що підходять під відоме родове найменування, ішли в забезпечення. Встановлення ж забезпечення у формі пігнус із передачею володіння було зовсім неможливим.

При таких обставинах власник орендованого майна повинен був встановити забезпечення в іншій формі, чим ті, які були застосовані колишньою практикою.

Найпростішою і природною формою забезпечення, було встановлення забезпечення на *investa et illata* орендаря, за допомогою одного договору без передачі йому володіння або власності.

Іпотека була формою з абсолютним захистом, встановленою з метою забезпечення будь-якого зобов'язання шляхом простої угоди без негайної передачі речі у володіння кредитора. [9]

Виникнення іпотеки зробило переворот в змісті речового забезпечення. До її виникнення ціль речового забезпечення досягалася за допомогою власності, як у фідучії або володіння, як у пігнус у його первісному виді. Тільки при іпотеці віритель не є ні власником, ні володарем, а єдино застапоутримувачем. Іпотека була поширена на всі види майна, маючи особливості при заставі нерухомості.

Право власника гарантувалось в іпотеці найбільше, ніж в інших формах: він залишався й власником і володарем речі.

Але при цьому в якомусь ступені були обмежені права кредитора, тобто, при *fiducia* або *pignus*, кредитор, утримуючи річ при собі, примушував цим боржника

до виконання своїх зобов'язань. Право кредитора відчужувати речі у випадку несплати боргу не вважалося спочатку істотною умовою самої угоди.

Із введенням іпотеки таке положення кредитора повинне було змінитися. Поступово, у праві продажу закладеної речі юристи визнали істотну умову угоди, не підлягаючу довільному скасуванню.

В III столітті до Р. Х. імператор Костянтин відхилив *lex commisoria* і в III столітті до Р. Х. *jus distrahendi* кредитора стало розглядатися як важлива складова частина заставної угоди. [11]

В іпотеці є й своє коло об'єктів, і свій зміст, і свої засоби захисту й все це згідне з її єдиним призначенням — служити засобом речового забезпечення. Внаслідок цього, іпотека і є особливим правом у ряді інших прав.

Після того, як була уведена в практику іпотека, як форма застави, що не супроводжувалася передачею самої речі тому, кому вона заставлялася: у випадку невиконання забезпеченого заставою зобов'язання річ не надходила у власність заставоутримувача, а підлягала обов'язковому продажу, — стало можливо встановлення на ту саму річ декількох послідовних заставних прав.

Сам закон допускає співіснування декількох заставних прав. У римському праві цей порядок визначався старшинством, тобто часом встановлення застави або обсягом прав на річ в особі, що встановила заставу.

*«Відносно застави користується перевагою той, хто раніше дав гроші в борг (і одержав іпотеку)...»* [13].

За умови виникнення декількох заставних прав на ту саму річ встановлювалося, що право вимагати продажу закладеної речі визнавалося тільки за першим заставоутримувачем, другий, третій і т. д. задовольнялися (по черзі) із залишку суми, вирученої від продажу заставної речі.

При цьому перший кредитор мав перевагу перед наступним (*prior tempore, potior jure* — попередній за часом сильніше по праву), що виражало позовне заперечення про те, що річ була дана в заставу раніше, ніж супротивникові, — *exceptio rei sibi ante pignorata* (Д. 20, 4, 12).

Положення послідовно встановлених заставних прав могло бути порушене виникненням на річ привілейованих заставних прав. Ці застави мають перевагу перед більше старими непривілейованими заставами.

Іноді, для нижчестоящего заставоутримувача представлялося вигідним одержати право вирішувати питання про продаж речі, щоб вибрати найбільш підходящий для продажу момент. Для цієї мети кожний з нижчестоящих заставоутримувачей мали право запропонувати першому задоволення до його вимоги, для того, щоб зайняти його місце.

Як пише Н. Б. Новицький, «перехід, що відбувався, першого рангу (старшинства) до особи, що задовольнили першого заставоутримувача, називався іпотечним правопріємством».

Якщо наступний кредитор пропонував попередньому виконати обов'язок замість основного боржника, його право на заставу сильнішало — так зване *jus obberendi*. Цей новий кредитор одержує також старшинство, що займав колишній носій заставного права.

Римське іпотечне право, як пише І. С. Перетерський, не встановлювало реєстрації іпотек у якому-небудь державному органі, внаслідок чого іпотечний кредитор не знав, чи є він першим заставним кредитором або є інший, а може бути й ще один, старший за часом і більше сильний по праву. Якщо боржник застав річ одночасно двом кредиторам, то будучи солідарними, вони могли кожний здійснити *actio quasi Serviana* про витребування застави із чужого, незаконного володіння, але у випадку суперечки обох кредиторів між собою діяло улюблене юристами правило: *possidenti meli orem esse cond* — положення володаря краще. [7]

Допускалася застава всього майна, як наявного, так і майбутнього *obligavit quae habet habiturusque esset* — «і те, що ще не існує, але буде існувати, може бути дане в іпотеку; невідокремлені плоди, дитина, що народиться від рабині, приплід худоби, як тільки народиться, можуть бути обтяжені іпотекою...» [10]

Була поширена генеральна іпотека, що обтяжує в силу закону все майно боржника в забезпечення різних привілейованих вимог.

Все існуюче й майбутнє майно може бути закладене раптом за допомогою неформального волевиявлення (буде називатися генеральна іпотека). [8]

Таким чином, результатом формування іпотеці в Древньому Римі до часів Юстиніана стало те, що абсолютне заставне право виникало й у наступному *hypotheca*, і в *pignus*.

*Pignus* і *hypotheca* зблизилися по своїх наслідках і стали відрізнятися тільки тим, що *pignus* моментально надає вірителю володіння, а *hypotheca* — лише через якийсь час, коли особа пред'являє позов з нагоди незадоволення після настання строку сплати.

Обидві форми надають право продажу закладеної речі.

І все ж таки іпотека була більше досконалою формою заставного права, чим попередні. Вона надала власникові закладеної речі реальну можливість продати предмет застави ще до настання строку платежу, вибрати найбільш вдалий час, вигідного покупця й розрахуватися з боргами, тим самим зміцнивши фінансово-економічне положення боржника, не обтяжуючи його господарство.

Основні положення римського іпотечного права були застосовані і у сучасному цивільному праві України. Необхідно відмітити, що зміст сучасного іпотечного права з оглядом на сьогоденні реалії практично повністю реципований з римського приватного права. Спочатку Закон України «Про заставу» 1992 року, ЦК України 2003 року, потім Закон України «Про іпотеку» застосували визначення суті іпотеки, яке було розроблено римськими цивілістами, а саме, іпотекою визнається вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки (ст. 1 Закону України «Про іпотеку»).

Відповідно ст. 575 ЦК України, іпотекою є застава нерухомого майна, яке залишається у володінні заставодавця або третьої особи. Таким чином діюче законодавство передбачає дуже важливі ознаки іпотеки. По-перше, предметом іпотеки завжди є нерухоме майно. Щодо предмета іпотеки, то слушним є тве-

рдження Л. Фоменко «цікавим нюансом нового закону (Закону України «Про іпотеку» — авт.) є особливості конкретизації предмета іпотеки». [16] За загальним правилом, предметом іпотеки можуть бути один або декілька об'єктів нерухомого майна (ст. 5 Закону України «Про іпотеку»). Якщо інше не встановлено іпотечним договором, нерухоме майно передається в іпотеку разом з усіма його приналежностями і за умов, які визначені в ЦК України і нормами Закону України «Про іпотеку».

Законом «Про іпотеку» встановлений пріоритет права іпотекодержателя на задоволення забезпечених іпотекою вимог. Таке переважне право виникає у іпотекодержателя перед іншими особами, права чи вимоги яких на передане в іпотеку нерухоме майно не зареєстровані у встановленому законом порядку або зареєстровані після державної реєстрації іпотеки. Пріоритет такого права іпотекодержателя виникає з моменту державної реєстрації іпотеки (ст. 3 Закону «Про іпотеку»).

Однією з обставин, при настанні якої відбувається зацікавленість в пріоритеті права іпотекодержателя, розглядалась наступна іпотека. Представлена правова позиція як загальне правило активно обговорювалося як у римському приватному праві так і в дореволюційній цивілістиці. Чинне законодавство закріплює як важливе право іпотекодавця, можливість передачі предмета іпотеки в наступну іпотеку, якщо інше не встановлено попереднім договором застави або законом (ст. 588 ЦК України).

Внаслідок встановлення наступної іпотеки, попередній іпотекодержатель набуває право:

- звернути стягнення на предмет іпотеки, у разі звернення стягнення на предмет іпотеки наступним іпотекодержателем, навіть якщо строк виконання основного зобов'язання перед ним ще не настав;
- припинити, на підстав письмової заяви, звернення стягнення на предмет іпотеки, ініційоване наступним іпотекодержателем, якщо для нього таке стягнення матиме наслідком неповне задоволення вимог.

Таким чином при зверненні стягнення на нерухоме майно, що є предметом декількох іпотек, вимоги кожного наступного іпотекодержателя задовольняються після повного задоволення вимог кожного попереднього іпотекодержателя згідно з пріоритетом (ст. 13 Закону України «Про іпотеку»). При цьому законодавець передбачив певні гарантії кредиторів за таким договором — правочин іпотекодавцем щодо передачі в наступну іпотеку переданого в іпотеку майна без згоди іпотекодержателя є недійсним (ст. 12 Закону «Про іпотеку»), а також у разі порушення боржником свого обов'язку, іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання зобов'язання.

Іпотечний договір, направлений на фактичне виконання основного зобов'язання, а у разі порушення боржником останнього — надає іпотекодержателю право задовольнити забезпечені іпотекою вимоги за рахунок предмету іпотеки переважно перед іншими особами, при дотриманні правила, передбаченого Законом України «Про іпотеку». Таким чином, іпотека має на увазі наявність двох зобов'язань — основного, яке забезпечується іпотекою, і додаткового (акцесорного), що слугує

забезпеченням, тобто сама іпотека. Очевидно, що ця норма є логічним продовженням загальних норм цивільного законодавства для договорів застави.

Як і римській іпотеці сучасний інститут іпотеки забезпечує вимоги заставодержателя у тому об'ємі, який вони мають на момент їх задоволення за рахунок заставленого майна. У тих випадках, коли заставодержатель нерухомості у відповідності з умовами договору про іпотеку примушений нести витрати на його утримання і/або охорону, або на покриття заборгованості заставодавця відповідно податкам, зборам або комунальним платежам, що пов'язані з цим майном, втрати заставодержателя забезпечуються за рахунок заставленого майна. Необхідно підкреслити, що вимоги, які забезпечуються іпотекою, не суперечать і нормам ЦК України про те, що права кредитора отримати задоволення за рахунок заставленого майна в обсязі і на умовах, що існують в договірному зобов'язанні (ст. 589 ЦК України).

ЦК України закріпив правило про те, що в договорі чітко визначення предмета іпотеки є істотною умовою договорів застави. Закон України «Про іпотеку» посилює такі умови вимогою вказівки його найменування, місця знаходження і достатнім для ідентифікації цього предмета описом технічних характеристик, цільового призначення на підставі справжніх документів, що характеризують цей предмет. Документи, підтверджуючі право, відповідно до якого майно, а також характеристика цього майна повинно бути зареєстровані у встановленому законом порядку (ст. 5 Закону «Про іпотеку»).

Питання щодо використання та розпорядження заставленим майном має також важливе значення, оскільки майно, яке є предметом застави (іпотеки) не вилучається з господарського обороту і залишається у володінні і користуванні іпотекодавця. Крім того слід розрізняти використання та розпорядження заставленим майном з точки зору суб'єктивного складу. Розпоряджатися заставленим майном може лише заставодавець, оскільки він є власником цього майна (ст. ст. 583, 586 ЦК України). Заставодержатель, набуваючи майнові права на таке майно, не набуває тим самим права розпорядження цим майном. Специфіка його права полягає у тому, що він може обмежити власника у межах розпорядження заставленим майном (ч. 2 ст. 586 ЦК України). Слід враховувати, що на право заставодавця розпорядженням майном, законодавство також накладає обмеження.

### *Література*

1. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права як підґрунтя сучасної цивілістики // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 2. — С. 104-111.
2. Підпригора О., Харитонов Є. Римське право як підґрунтя юридичної освіти. // Право України. — 2000. — № 1. — С. 117-120.
3. Підпригора О., Харитонов Є. Римське право і майбутнє правової системи України // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 1. — С. 95-10
4. Підпригора О., Харитонов Є. Римське Право в Україні: перспективи III тисячоліття // Юридичний вісник. — 1999. — № 4. — С. 109-114.
5. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права (Теоретичні та історико — правові аспекти). — Одеса, 1997.
6. Минервин А. Исходные моменты учения о закладном праве. Ярославль, 1874. 238 с.
7. Перетерский И. С. Дигесты Юстиниана. Очерки по истории составления и общая характеристика. — М., 1956. — 456 с.

8. Харитонов Є. О. Рецепція римського права і європейські системи приватного права. // Матеріали конференції. — Одеса, 2003.
9. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право: Підручник. — К., 2003.
10. Гримм Д. Д. Лекції по догмі римського права. — М., 2003.
11. Гай. Інституції / Пер. с лат. — М., 1997.
12. Харитонов Є. О. Основи римського частного права. — Ростов н/Д, 1999.
13. Памятники римського права: Закони XII таблиць. Інституції Гая. Дігести Юстиніана. — М.: Зерцало, 1997. — 608 с.
14. Цивільний кодекс України: Коментар. — Х., 2004.
15. Фоменко Л. Кредиторський прорив / Закон і бізнес. — 2003. — № 26. — С. 16.
16. Про іпотеку: Закон України. — 05. 06. 2003р. / Відомості Верховної Ради України. — 2003.
17. Про заставу: Закон України (з наступними змінами на 18. 11. 2003р.) — 02. 10. 1992 р. № 2654-ХІІ / Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 47. — С. 142.
18. Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим боргом та іпотечні сертифікати: Закон України від 19. 06. 2003 р. № 979-ІV / Відомості Верховної Ради України. — 2003.
19. Про власність: Закон України від 7. 02. 1991 р. (з наступними змінами) / Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 20. — С. 249.

УДК 340.15:347.129-053.6

*Е. В. Марковичева*

#### **ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В РИМСКОМ ПРАВЕ**

История римского права — это, в первую очередь, история его развития. Как подчеркивает Гудрат Сейфи, «Древний Рим был, по существу, первой реализованной возможностью создания единого цивилизованного мира, включавшего значительную часть существовавшего тогда человечества» [1]. К сожалению, дошедшие до нас источники права различных периодов римской истории не дают возможности восстановить полностью всю правовую мозаику того времени.

Исследование различных аспектов правосубъектности несовершеннолетних в римском праве должно опираться на специфику их социального и соответственно правового статуса.

В римском праве существовала возрастная градация субъектов права, хотя категориями правоспособности и дееспособности римское право не оперировало [2].

В Древнем Риме правоспособность ребенка наступала в момент, когда роды были завершены, то есть когда ребенок отделялся от пуповины (*partus perfectus*). Чтобы в принципе достигнуть правоспособности римского гражданина, ребенок, отделенный от пуповины, должен был быть живым. Однако наделение правоспособностью не связывалось лишь только с установлением факта рождения. Правоспособность ребенка неразрывно связывалась с институтом отцовской власти. Существуют отдельные свидетельства относительно того, что в древний период римской истории отец имел полную, неограниченную власть над жизнью детей. Сохранились обрывочные сведения о существовавшем некогда ритуале принятия