

УДК 347.27(340)

**О.С. КІЗЛОВА,**

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України,  
завідувач кафедри цивільного та господарського права і процесу  
Міжнародного гуманітарного університету

## **ЗАСТАВА В СЕРЕДНЬОВІЧНОМУ І СУЧАСНОМУ ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ**

**Анотація.** Дана стаття присвячена розгляду питань забезпечення виконання зобов'язань заставою у цивільному праві Німеччини з стародавніх часів і в сучасному праві. Аналізується частина наукових праць, присвячених даній проблематиці.

**Ключові слова:** застава, іпотека, кредитна іпотека, застава рухомості.

**Постановка проблеми.** Заставні відносини та інститут забезпечення виконання зобов'язань взагалі, мають багатовікову історію. У Європі ці відносини та пов'язана з ними система реєстрації земельних ділянок почали регулюватися римським правом і дістали свій подальший розвиток у законодавстві ряду країн континентальної Європи, зокрема Франції (Цивільний кодекс Наполеона 1804 р.) і Пруссії. У Великобританії та її колоніях склалася англо-саксонська система реєстрації земельних ділянок. У сучасній Європі найбільшого поширення дістав так званий середньоевропейський тип іпотеки, тісно пов'язаний з веденням земельних кадастрів і поземельних книг. За даними професора факультету правознавства Віденського університету доктора Герберта Гофмайстера введення поземельної книги започатковане в 1135 р. в місті Кельні.

**Актуальність статті.** Значна увага до теоретичних та практичних аспектів забезпечення зобов'язань в праві

Німеччини спричинена низкою чинників. По-перше, система права цієї країни є певною мірою типовою для континентальної правової сім'ї. По-друге, право і законодавство України та Німеччини має глибокі традиції зв'язку. Тож, відповідна нормотворча та правозастосовча практика у Німеччині в питаннях, що розглядаються, може бути адаптована до вітчизняних умов як в теоретичному, так і практичному аспектах.

**Мета статті** зумовлена наявністю інтернаціонального аспекту в законодавстві та правовій доктрині, що проявляється у вивченні досвіду правового регулювання аналогічних відносин у зарубіжних країнах. Вказані чинники спричиняють необхідність порівняльно-правового дослідження застосування способів забезпечення зобов'язань в інших країнах та колізійного регулювання у вказаній сфері.

**Теоретичну основу дослідження** склали наукові праці відомих правознавців М.М. Агаркова, С.С. Алексєєва, І.О. Базанова, В.А. Белова,

С.Н. Братуся, М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, О.О. Вишневського, Б.М. Гонгало, А.С. Зволицького, О.С. Іоффе, Р.І. Карімулліна, Л.А. Кассо, Н.С. Кузнецової, А.В. Латинцева, Л.А. Лушца, В.В. Луця, О.О. Маковської, Д.І. Мейера, І.Б. Новицького, С.В. Пахмана, К.П. Победопосцева, Й.О. Покровського, В.І. Сінайського, Є.О. Суханова, П.П. Цитовича, Г.Ф. Шершеневича, Є.О. Харитонова та інших.

**Викладення основного матеріалу.** У Німеччині в ХХ столітті процес реформування зобов'язального права та механізму забезпечення виконання зобов'язань відбувався шляхом внесення поправок у Німецьке цивільне уложення (НЦУ) [1] і супроводжувався прийняттям безлічі спеціальних цивільно-правових поправок, наприклад Законом 1976 року про умови угод.

Зобов'язальному праву присвячено сім розділів НЦУ: суть зобов'язання; зобов'язання, що впливають з договорів; припинення зобов'язання; відступлення вимоги, переведення боргу; множинність на сторонах боржника і кредитора; окремі види зобов'язань.

У січні 2002 року набрав чинності Закон про модернізацію зобов'язального права, який відобразив нове розуміння договору і договірних відносин [2].

На зміну автономії приватної волі, заснованої на режимі рівних можливостей, прийшла теорія «еквівалентного», або «справедливого договору», яка передбачала захист економічно слабкої сторони — простого громадянина, «споживача», того, що не володіє будь-якими спеціальними знаннями [3].

Що стосується заставного права, то в сучасному цивільному законодавстві Німеччини воно так і належить до речового права, і його об'єктами

можуть бути як рухомі речі, так і права, які підрозділяються на речові права із зобов'язань, цінні папери і нерухомість. Слід зазначити велику кількість статей, регулюючих заставу, їй присвячені § 113-1190, § 1204-1296 Цивільного уложення.

Найдавніша форма застави (*Pfand* або *Zatzung*) в пімецьких землях була пов'язана з передачею кредитором права володіння і користування, але не розпорядження річчю. Відсутність права продажу була характерною особливістю давньонімецької застави в порівнянні з римським правом. Іншою особливістю *neue Satzungen*, яка зближує її з римською іпотекою, є залишення заставленої речі у володінні заставника. Замість фактичної передачі земельної ділянки почали обмежуватися передачею документів, на підставі яких боржник володів нею. Таким чином боржник позбавлявся можливості розпорядитися ділянкою, а кредитор одержував переважне право задовольнити свої вимоги перед іншими кредиторами, які документами не володіли.

Ще однією характерною ознакою *neue Satzungen*, як і іпотеки, було право заставоутримувача витребувати річ від третіх осіб, в яких вона могла виявитися на час пастахія прострочення за основним зобов'язанням. Разом з позитивними рисами іпотеки пімецьке право сприйняло і негативні, зокрема, непублічність римської застави, яка підірвала стабільність господарського обороту. Такі педоліки були неприйнятними для «освічених» пімецьких мопархій, де порядок і раціональна організація громадських справ абсолютизувалися. Перед вела, як і в багатьох інших справах, Пруссія. Саме там у 1794 р. був виданий «загальний земельний закон» (*Allgemeines Landrecht*), яким вводився принцип

публічності іпотеки або, іншими словами, принцип достовірності поземельних книг. При цьому, незареєстрована в поземельній книзі застава не лише втрачала ранг, але взагалі не визнавалася.

У Німеччині речове право передбачає можливість розпорядження лише індивідуально певними речами. Суть речового права відображена в Німецькому цивільному уложенні, який «поділяє всі речі на земельні ділянки та рухомі речі... НЦУ називає цілий ряд речових прав: право власності, особисті сервітути, узуфрукт, право забудови, право на отримання певної цінності з чужої речі (застава рухомості, іпотека нерухомості та ін.). Основним речовим правом є право власності: «Власник речі може поводитися з річчю на свій розсуд і виключати інших від будь-якого впливу на неї» [4].

А. Жалінський і А. Реріхт зазначають, що сучасна німецька доктрина речового права є послідовно юридичною, Німецьке цивільне уложення не розщеплює право власності на приватне і публічне, але доктрина знає приватно- і публічно-правові способи регулювання цього права.

Речове право визначається як частина правового порядку, що містить правила, які повинні відповідати пануванню людини над речами. Речові права розглядаються як підвид абсолютних прав і виконують захисну функцію і функцію належності даної речі певній особі та є правами панування [5]. Володінню у німецькому праві присвячені «глибокі, висхідні в певній частині до римського права дослідження, які створюють теорію володіння як одного з речових прав» [6].

Акцентуємо увагу на тому, що в певних проявах німецьке речове право близьке до відповідної частини українського цивільного права, але

існують і серйозні відмінності: а) тісний зв'язок цивільного і публічно-правового підходів до власності як єдиного об'єкта, що має загальний зміст і властивості, незалежно від правового становища власності (федерація, земля, община, корпорація, індивід та ін.); б) для німецького права принципово і має серйозні наслідки розмежування речових і зобов'язальних відносин; в) немає тріади повноважень при визначенні змісту власності й незведеність володіння до однієї з правомочностей; г) ретельне регулювання стапу належності речі до суб'єкта і способи захисту цього стапу; та ряд інших.

Важливою особливістю німецького заставного права, що відзначалось ще І.А. Покровським, є існування абстрактного рентного та поземельного боргу (§§1191 — 1203 НЦУ).

Як вказує видатний цивіліст, прагнення до більшої «оборотоздатності» іпотечних цінних паперів викликало ще у XIX ст. постановку питання про залежність заставного права від права вимоги. Ще у Мекленбурзькому іпотечному статуті 1848 р. була винайдена абстрактна форма застави у вигляді так званого «вотчишого боргу» (Grundschuld — поземельний борг). Такий борг представляв собою самостійне, незалежне від персонального зобов'язання речове право на отримання з визначеної нерухомості певної грошової суми. Незалежно від мети виникнення такого права, воно вже існує само по собі, само по собі переходить з рук в руки і має свою формальну основу (causa), вказує І.А. Покровський [7]. Мекленбурзький закон дозволяв створювати речові обтяження простою домовленістю, взагалі без вказівки на забезпечене особисте зобов'язання. Боржнику прямо заборонялося висувати проти зареєстрованого заставоутримувача будь-які

заперечення, що не були передбачені в поземельній книзі. Єдиний виняток робився для безгрошових позик, про що мало бути зазначено протягом не більше тридцяти днів після реєстрації застави. Власнику дозволялося не лише викупувати права першого за рангом заставоутримувача, але й самому вносити іпотечний запис на своє ім'я. Це давало змогу значно спростити формальності у випадку раптової потреби в кредиті, оскільки уступка рангу відбувалася простіше і швидше, ніж створення нової іпотеки. Одержана при цьому іпотечна квитанція за простотою і зручністю обороту наближалася до векселя.

При цьому таке абстрактне право щодо нерухомості може передбачати не тільки отримання визначеної грошової суми одразу, але і отримання певних періодичних платежів. В такому випадку виникає «рентний борг» — *Rentenschuld*.

Розвиток іпотечного механізму закінчився тим, що, як заставний запис у поземельній книзі, так заставне свідоцтво може бути здійснене на ім'я самого власника, що обтяжує земельну ділянку. Власник записує до поземельної книги заставне право на певну суму на своє ім'я або бере на своє ім'я заставне свідоцтво. Надалі власник має декілька варіантів. По-перше, пустити своє заставне право або заставне свідоцтво звичайним порядком. По-друге, може залишити таку іпотеку за собою, а для інших встановити другу, третю та інші іпотеки. Тобто, коли справа дійде до продажу речі, він сам виявиться першим у черзі забезпечених іпотекою кредиторів і отримує право пріоритетного задоволення із вартості майна. Така абстрактність іпотеки, за словами І.А. Покровського, пориває із звичайним, що базується на римському праві, уявленні про заставне право як

право на чужу річ. У іпотечі власника розкривається своєрідне, здатне до самостійного юридичного існування абстрактне право на визначену цінність, що міститься у речі. Це право на цінність може міститися у речі, а може виділятися з неї. Після виділення воно може бути використано для забезпечення боргової вимоги, але може і стати самостійним об'єктом цивільного обороту. Роздвоєння споживчої та міпової цінності речі досягає тут своєї найвищої напруги, вказує І.А. Покровський [7].

Існування абстрактних способів забезпечення визнається і у сучасній літературі.

Тож, поземельний кредит (борг) не обумовлений наявністю забезпеченої вимоги, він є «абстрактним». У практиці падання кредитів банками та ощадкасами використання поземельного кредиту виявилось більш вигідним [8].

У загальнонімецькому Цивільному уложенні, яке вступило в силу з 1900 р. і було покликане, поміж іншим, замінити кодекс Наполеона в якості зразка кодифікації цивільного права, основною формою іпотеки (*Grundschuld*) вважалася іпотека з видачею заставної (*Grundschuldbrief*). Проти утримувача заставної можна було протиставити лише ті заперечення, які згадувалися в самому документі. Якщо заставка не видавалася, іпотека вважалася *Buchhypothek*. Обсяг прав і обов'язків сторін в цьому випадку визначався записом у поземельній книзі. І лише якщо в цій книзі було спеціально зазначено, що правовідносини сторін мають характер «забезпечувальної іпотеки» (*Sicherheitshypothek*), іпотека повертала собі класичні романистичні риси акцесорного до основної особистої вимоги забезпечення.

Іпотека жорстко пов'язана із забезпечувальною вимогою: з передачею права вимоги повому кредиторів до нього переходить іпотека. Право вимоги не передається без іпотеки, а іпотека, в свою чергу, не може передаватися без передачі права вимоги. Відповідно, іпотека має акцесорний характер на відміну від поземельного боргу. Відступлення забезпеченого іпотекою права вимоги здійснюється на підставі угоди довільної форми; письмової заяви про уступку права вимоги першим кредитором або внесенням уступки у поземельну книгу; передачі іпотечного свідоцтва. Якщо іпотека була встановлена без оформлення свідоцтва, то уступка має бути обов'язково зареєстрована у поземельній книзі.

На практиці часто застосовується також так звана «кредитна іпотека» [8]. Вона має акцесорний характер, включає необхідність видачі свідоцтва. Якщо іпотека встановлена у забезпечення кредиту, сума якого може змінюватися, то у поземельній книзі вказується гранична сума. Іпотека може вважатися кредитною, навіть якщо вона не була зареєстрована у такій якості.

Що стосується застави рухомих речей, то тут німецькі теоретики цивільного права не допускали іншої її форми ніж ручний заклад. Таким чином, в заставника не було змоги передати в заставу рухомих речей без одночасної втрати можливості користуватися цєю речю. Зрозуміло, що цивільний оборот вимагав вирішити цю незручність. Відтак, було запропоновано два виходи. Зазвичай замість застави укладався договір купівлі-продажу з правом зворотного викупу, при цьому речі залишалася в боржника. Якщо наступала неплатоспроможність боржника, кредитор подавав позов про виклю-

чення свого майна з конкурсної маси, а особистого позову до боржника не мав. Інший випадок — спеціальний, і стосується залізниць. В пруському законі про їх заставу цілісний майновий комплекс залізниці визнавався єдиним предметом — *Bahneinheiten*, який заставлявся за правилами іпотеки. Оскільки до *Bahneinheiten* входило як нерухоме майно, так і рухомий склад, німецькі вагони могли курсувати дорогами Європи і перебувати одночасно в іпотечі кредитора залізниці.

Підбиваючи підсумки всього історичного розвитку німецької застави, Л.А. Кассо відзначає самобутність цього інституту цивільного права і на цій основі відмовляється класифікувати його в чітких категоріях римського права. Натомість, пропонує своє визначення:

«Сучасне заставне право — це абсолютне право на сплату визначеної суми, спрямоване проти володільця певного майнового об'єкта і здійснюване у вигляді виключного права стягнення [9].

**Висновки.** Таким чином, заставка як форма забезпечення виконання зобов'язання відома в європейському праві з давніх часів. Її значення зросло після того, як закони Солона у Греції і Петелія в Римі заборонили перетворювати на рабів неспроможних боржників. Очевидно, що цей захід викликав кризу цивільного обороту, зумовлену недостатнім забезпеченням виконання зобов'язань.

За усіх згаданих часів, як стародавніх (Рим), так і нових заставка спочатку виступає у формі передачі права власності (давньоримські *fiducia cum creditore*, німецька *altere Satzung*). Згодом юридична техніка удосконалилася, так що стає можливим надавати заставоутримувачу лише права володіння (давньоримський *pignus*),

але не власності. Вищою формою розвитку застави з часів римського права стає іпотека, яка дозволяла залишати заставлене майно у володінні боржника (німецька *pfandgesetz* Satzung).

Ці досягнення римського права були перевершені лише наприкінці

XVII — на початку XIX ст., коли прусський і, особливо, мекленбурзький закони ввели принцип публічності іпотеки. Відтак, права іпотекоутримувача набули незалежності по відношенню до основного зобов'язання і стали самостійними.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Гражданское уложение Германии: введ. закон к Гражд. уложению ; пер. с нем. ; науч. ред. А.Л. Маковский [и др.]. М. : Волтерс Клівер. 2004. 816 с.
2. Лысенко О.Л. Гражданское право в Германии в XX веке: реформирование обязательственного права / О.Л. Лысенко // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 2006. № 6. С. 37-51.
3. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М., 1998. — С. 11-16.
4. Бостак Л.М. Історія держави і права зарубіжних країн / Л.М. Бостак, С.К. Бостак. — С. 491.
5. Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. — М. : Спарк, 2001. С. 403-408.
6. Певпа близькість німецького права до сучасного українського цивільного права простежується в загальних положеннях про право власності, у питаннях придбання права власності та його уніфікації. Л. Корчевна звертає увагу на те, що «вирішення проблеми уніфікації започатковано в працях українських дослідників О. Скакун, А. Оніщенко, Л. Луць, А. Дмитрієва, А. Шепеля, Ю. Обігова, О. Харитоновой, Є. Харитонова. Головними напрямками цих досліджень є уявлення про правову систему України як про самостійний тип правової культури, де присутні ознаки романо-германської правової системи». Див.: Корчевна Л. Українське право і романо-германська традиція / Л. Корчевна // Право України. — 2004. № 5. С. 19-22.
7. Покровський І.А. Основні проблеми гражданского права. М. : «Статут», 2001. 354 с.
8. Венкштерн М. Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии ; пер. с нем. — М. : Издательство БЕК, 2001 — С. 161- 228.
9. Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. — М. : Статут, 1999. — С. 175.

**Кизлова Е.С.**

**Залог в древнем и в современном праве Германии.**

**Аннотация.** Данная статья посвящена рассмотрению вопросов обеспечения исполнения обязательств залогом в гражданском праве Германии со времен средних веков и в современном праве. Анализируются часть научных работ, посвященных данной проблематике.

**Ключевые слова:** залог, ипотека, кредитная ипотека, залог движимого имущества.

**Kizlova E.S.**

**Mortgage in ancient and in a modern right for Germany.**

**Summary.** This article is sanctified to consideration of questions of providing of execution of obligations a mortgage in the civil law of Germany from times of Middle ages and in a modern right. Part is analysed scientific robot, sanctified to this range of problems.

**Keywords:** mortgage, pledge, credit mortgage, chattel mortgage.