

## ПРАВОВЕ «ВІДЛУННЯ» ЧАСТИНИ 2 СТАТТІ 190 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА ЧОМУ «ПРАВО ОРЕНДИ» СТАЛО РЕЧОВИМ

*Розглядаються спірні питання пов'язані з правовим «відлуння» ч. 2 ст. 190 Цивільного кодексу України та кореспондуючої їй ч. 7 ст. 5 Закону України № 898-IV «Про іпотеку» у законодавстві України, зокрема у част. 5 ст. 93 та част. 4 ст. 124 Земельного Кодексу України, ст. 8-1 Закону України № 161-XIV «Про оренду землі».*

**Ключові слова:** уречевлення зобов'язальних прав, право оренди для цілей будівництва, оборотоздатність права оренди, право забудови (суперфіцій), право суборенди, сервітут, обмежене речове право, правове оформлення користування річчю, «Realobligation» (реальне зобов'язальне правовідношення), відчуження речового права, заміна сторони в договорі, реєстрація речових прав, зловживання у сфері земельних відносин, антикризові заходи.

**Риш Ф. Ю.** Правовое «эхо» части 2 статьи 190 Гражданского кодекса Украины в законодательстве Украины и почему «право аренды» стало вещественным

*Рассматриваются спорные вопросы связанные с правовыми последствиями «эха» ч. 2 ст. 190 Гражданского кодекса Украины и корреспондирующие ей ч. 7 ст. 5 Закона Украины № 898-IV «Об ипотеке» в законодательстве Украины, в частности в част. 5 ст. 93 и част. 4 ст. 124 Земельного Кодекса Украины, ст. 8-1 Закона Украины № 161-XIV «Об аренде земли».*

**Ключевые слова:** овецествление обязательственных прав, «право аренды для целей строительства», оборотоспособность права аренды, право застройки (суперфиций), право субаренды, сервитут, ограниченное вещное право, правовое оформление пользования вещью, «Realobligation» (реальное обязательственное правоотношение), отчуждение вещного права, замена стороны в договоре, регистрация прав, злоупотребления в сфере земельных отношений, антикризисные мероприятия.

**Rysh Filipp.** Legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine in the Ukrainian legislation, and why «leasehold» has become a proprietary right

*The present article covers disputable issues related to legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine and the relevant part 7, article 5 of the Law*

of Ukraine #898-IV «On Mortgage» in the legislation of Ukraine, in particular in part 5, article 93, and in part 4, article 124 of the Land Code of Ukraine, article 8-1 of the Law of Ukraine # 161-XIV «On Land Lease».

**Keywords:** «objectivation of rights in personam», «leasehold for construction purposes», conveyancing of leasehold, building lease (superficies), sublease right, servitude, limited proprietary right, legal registration of the use of item of property, real obligation, alienation of proprietary right, substitution of a party in agreement, registration of proprietary rights, abusive practice in the sphere of land relations, crisis response measures.

У попередній статті констатувалося, що частина друга статті 190 ЦК України є логічно кореспондуючим регулюванням у загальному законі (*Цивільний Кодекс України – далі: ЦК України*)<sup>1</sup> до спеціального (*Закон України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку» – далі: Закон «Про іпотеку»*) і через визнання майнових прав (зобов'язальних – «право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна»<sup>2</sup>) речовими (уречевлення зобов'язальних прав) проявляється обмежене речове право – право забудови (суперфіцій)<sup>3</sup>. Із наведеного бачимо, що вихідним положенням є «право оренди», об'єм якого визначено «основоположним договором оренди».

В українських юридичних колах поняття «право оренди» викликає наукові дискусії. Як правило, найбільш часто непорозуміння виникають з приводу «відчуження права оренди»<sup>4</sup>, у тому числі «оборотоздатності» права оренди<sup>5</sup> або «речовності» права оренди<sup>6</sup>.

Перед заглибленням у проблематику навколо «права оренди» слід поглянути на можливості правового оформлення користування річчю у державах, які тяжіють до романо-германської (континентальної) правової системи, саме до якої належить і Україна. Нехай нижче наведена категоризація слугує також твердою опорою при аналізі цивільно-правової природи «права оренди».

За романо-германською (континентальною) системою правове оформлення користування річчю передбачає наступні можливості: а) прекарне користування; б) зобов'язальне (особисте) правовідношення; в) попередньо помічене зобов'язальне правовідношення (відомості про яке вносяться у книгу записів, іншими словами – посилене); г) обмежене речове право<sup>7</sup>.

**А. «Прекарне користування»** розуміється, як отримання речі на своє прохання (*precés*) у безоплатне користування з умовою повернути цю річ на вимогу того, хто цю річ дав <sup>8</sup>. Його слід розглядати, як задоволення прохання шляхом надання дозволу. Фактично це односторонній дозвіл, що обумовлюється доброю ласкою власника без надання будь-якого права та без укладання договору. Для прикладу, особа може отримати дозвіл на безперешкодне та безоплатне користування річчю виключно до моменту висловлення власником цієї речі відмови на її використання.

**Б. «Зобов'язальне (особисте) правовідношення»**, зокрема, найм (оренда) – права та обов'язки сторін договору визначаються положеннями договору та засадами зобов'язального права. «Наймач або орендар володіє правом користування, яке скеровується – як зобов'язальне право – лише проти сторони договору (орендодавець, наймодавець). У даному контексті слід згадувати принцип, що кожне правовідношення, що може бути змістом сервітуту (право користування, тобто обмеженого речового права), також може встановлюватися як зобов'язальне правовідношення :

~ оренда [зобов'язальне право] ↔ сервітут (право користування) [обмежене речове право], яке не підлягає відчуженню (ч. 4 ст. 403 ЦК України);

~ оренда з метою будівництва [зобов'язальне право] ↔ право забудови (суперфіцій) / емфітевзис [обмежене речове право], яке можна відчужити (суперфіцій ч. 2 ст. 413 ЦК України / емфітевзис ч. 2 ст. 407 ЦК України).

**В. Попередньо помічене зобов'язальне правовідношення (вносяться у поземельну книгу, іншими словами – посилене зобов'язальне правовідношення).** Згідно абз. 1 ст. 959 Цивільного кодексу Швейцарії у встановлених законом випадках особисті (зобов'язальні) права можуть помічатися у поземельній книзі <sup>9</sup>. Між іншим, це стосується оренди або переважного права купівлі.

Попередня «примітка» посилює зобов'язальне право. При реєстрації кожного ново набутого права ця «примітка» враховується.

Наукова доктрина та судова практика Швейцарії таке правовідношення кваліфікують як «Realobligation» (реальне зобов'язальне правовідношення). Наприклад, попередньо помічена оренда діє не лише проти орендодавця (сторона договору), а й проти кожної

особи, яка набуває пізніше речове право на річ, яка орендується. Кредитор/орендар цим поміченим способом володіє певним речовим забезпеченням (гарантіями захисту) у випадку, коли власник речі її перепродає або банкрутує.

В орендному праві (*Art. 261 Abs. 2 OR*) при зміні власників, попередня примітка захищає права орендаря, які були визначенні договором оренди, укладеним з попереднім власником. Для прикладу, якщо новий власник з власних потреб претендує на орендовану річ, то він не може розірвати уже укладений договір оренди<sup>10</sup>.

Отже, попередньо помічена оренда діє не лише проти орендодавця (сторона договору), а і проти кожної особи, яка пізніше набуває речове право на орендовану річ.

Виявляється, що у такому особистому праві є речова складова.

Про «*Realobligation*» (реальне зобов'язальне правовідношення) можна говорити тоді, коли:

– наявне зобов'язальне правовідношення («*Obligation*») скероване на виконання боржником свого обов'язку; (*власник/орендодавець надає право орендареві користуватися земельною ділянкою. Він є боржником, оскільки зобов'язаний надати дану ділянку та утримуватися від дій, які б перешкоджали орендареві користуватися цією ділянкою*);

– боржник зобов'язального правовідношення визначається через правомочність на річ («*real*», «речовим») (*заміна власника/орендодавця не впливає на право орендаря користуватися цією ділянкою*)<sup>11</sup>.

Є і приклади в українському цивільному законодавстві з тим самим наслідком як і в швейцарській *Realobligation*» (реальне зобов'язальне правовідношення) з відмінністю, що в Україні правові наслідки виникають «по-закону», а не з реєстрації попередньої «примітки» «по волі» сторони договору ст. 810-1 ЦК України; част. 4 ст. 6 Закону «Про іпотеку» і т.д.

**Г. Обмежена речова правомочність** – найбільш «міцна» правомочність (не беручи до уваги право власності), яку отримує користувач речі, якому надано обмежене речове право користування. Здебільшого, мова йде про користування річчю у формі обмеженого речового права, що є правом користування (сервітут). Як обмежене речове право, право користування (сервітут) зберігається і тоді коли річ продається або стягується примусово.

Відповідно до названої категоризації у романо-германській (континентальній) системі право оренди є зобов'язальним особистим правовідношенням, що визначається засадами зобов'язального права та положеннями договору. Таким чином, «право оренди» в Україні, яка входить до цієї системи, насправді не може бути речовим. Далі ми дізналися, що кожне правовідношення, яке може бути змістом права користування (сервітуту) – обмеженого речового права, також може встановлюватися як зобов'язальне правовідношення або навпаки.

Отже, власник-орендодавець земельної ділянки на основі договору оренди надає орендареві земельну ділянку в платне **користування** з метою «будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна»<sup>12</sup>, що можна виразити і речовим правом. У наведеному прикладі, згадані зобов'язальні права після переведення в речові виражають саме **зміст** обмеженого речового права – права забудови (суперфіції). Простіше кажучи, змістом права забудови (суперфіції) є саме те, що особа вправі мати споруду на чужій землі. Розмежовується власність на земельну ділянку від власності на споруду, а принцип «*superficies solo cedit*» не діє. Це видно із системного аналізу положень Глави 34 ЦК України.

Першою причиною особливого законодавчого регулювання (у ч. 2 ст. 190 ЦК України та ч. 7 ст. 5 Закону № 898-IV) є те, що Земельним Кодексом України (далі: ЗКУ) передбачається два види користування земельними ділянками, що перебувають у державній або комунальній власності: право постійного користування земельною ділянкою (безстрокове користування для підприємства, установи та організації, що належать до державної та комунальної власності; громадських організацій інвалідів України, їх підприємств (об'єднань), установ та організацій; релігійних організацій України; публічних акціонерних товариств залізничного транспорту загального користування; вищих навчальних закладів і т. д. [див. : ч. 2 ст. 92 ЗКУ]) або право оренди земельної ділянки (строкове користування для громадян та юридичних осіб України, іноземців і осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб, міжнародних об'єднань і організацій, а також іноземних держав [див. : ч. 2 ст. 93 ЗКУ]). Таким чином, ведення будівництва «приватниками» на землі, яка перебуває у державній або комунальній власності, можливо здійснювати лише шляхом укладання договору оренди.

Другою причиною є те, що зведена на чужій земельній ділянці (на основі договору оренди) будівля до моменту оформлення забудовником на неї права власності, фактично перебуває у власності орендодавця, тобто – власника земельної ділянки. У забудовника не визначене правове положення, яке унеможливило б фінансування будівельного проекту впродовж його здійснення через попередній продаж або іпотеку. Право забудови (суперфіцій) на відміну від права користування на основі договору оренди можна використовувати як предмет забезпечення кредиту<sup>13</sup>.

Отже, беручи до уваги згадані причини, законодавець свідомо (можна навіть сказати, що навіть вимушено) та логічно перевів зобов'язальне право оренди «для цілей будівництва» в речове право: переведення у част. 2 ст. 190 ЦК України виглядає так, що він визнає майнові права речовими, а у част. 7 ст. 5 Закону «Про іпотеку» відповідні майнові права платного **користування** з метою «будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна» визнає нерухомістю. Таким чином, ще 15 грудня 2005 р. «право оренди для цілей будівництва» було по-закону інституціоналізовано<sup>14</sup>, як «право забудови (суперфіцій)» без називання його однойменним терміном.

Відлуння такого регулювання можна, наприклад, бачити у част. 5 ст. 93 та част. 4 ст. 124 ЗКУ<sup>15</sup> або ст. 8-1 Закону України від 06.10.1998 р. № 161-XIV «Про оренду землі» (далі: Закон «Про оренду землі»)<sup>16</sup>. На час введення інституціоналізації право «збудови (суперфіцій)» Законом № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» законодавець передбачав лише процедуру реєстрації договорів оренди земельних ділянок<sup>17</sup>. Із введенням реєстру речових прав, законодавець перевів зобов'язальне право оренди в речове та зобов'язав сторін усіх договорів оренди (не лише для цілей будівництва) провести реєстрацію цих договорів у реєстрі речових прав. Тим самим було повністю змінена правова природа зобов'язального права оренди на речове, що ми спостерігаємо у п. 2 част. 1 ст. 4 Закону України № 1952-IV від 01.07.2004 р. «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (далі: Закон № 1952-IV)<sup>18</sup> яким було передбачено державну реєстрацію речових прав, похідних від права власності, «як право постійного користування та право оренди (суборенди) земельної ділянки» та «право користування (найму,

оренди) будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), що виникає на підставі договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки».

Пункт 2 част. 1 ст. 4 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є спірним, оскільки суперечить фундаментальному принципу приватноправових відносин – «свободі договору». Можна ініціювати питання про конституційність згаданого положення, бо із запровадженням вимоги реєструвати договори оренди у реєстрі речових прав, законодавець позбавив учасників цивільно-правового обороту можливості правового оформлення користування річчю через зобов'язальні особисті правовідносини. До того ж, у контексті тлумачення принципу верховенства права та визнання України як соціальної, правової держави, що забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки, Конституційний Суд України своїм Рішенням від 10.11.2011 р. № 15-рп/2011 (*справі про захист прав споживачів кредитних послуг*) підтвердив значущість принципу «свободи договору»<sup>19</sup>.

Порівнюючи переліки речових прав, що визначені ст. 4 Закону № 1952-IV та ст. 3 Модельного закону «Про обмежені речові права»<sup>20</sup>, що в принципі узгоджується із сучасною європейською цивілістичною доктриною речових прав, можна зауважити, що в Україні є набагато ширше коло речових прав. Проте, якщо Україна входить до континентальної системи, то перелік речових прав в Україні принаймні мав би дублюватися або бути узгодженим. Але на жаль, правова дійсність диктує нам свої особливості. Науковці вказують на «безсистемний та хаотичний характер формування переліку речових прав»<sup>21</sup>.

Перш, ніж у подальшому розкрити особливості відлуння част. 2 ст. 190 ЦК України в законодавстві України, варта було б звернути увагу на правове наповнення змісту понять «право оренди» та «право забудови (суперфіцій)».

Основна відмінність «права забудови (суперфіцій)» від «право оренди» полягає в його речовності. Речове право – «право забудови (суперфіцій)», як і зобов'язальне – «право оренди», виникає на основі договору. Договір оренди носить особистісний характер, так як

в загальному випадку орендар не може переуступити своє право оренди іншій особі без згоди орендодавця. Враховуючи ряд особливостей договору оренди, відносно нього при зміні осіб в зобов'язанні складно застосувати в чистому вигляді ті норми, які регулюють заміну боржника і кредитора. Тому вважаємо, найбільш доцільно до договору оренди землі застосовувати загальний термін – «заміна сторони у договорі»<sup>22</sup>.

Право забудови може бути відчужене шляхом продажу іншій особі без згоди власника ділянки, на нього може бути звернено стягнення за майновим позовом, а отже, воно може бути предметом іпотечної застави. Слід пам'ятати і те, що при відчуженні «права забудови (суперфіцію)» відбувається заміна сторони в основному договорі, який регулює відносини між власником /потенційно майбутнім власником земельної ділянки/ та землекористувачем /потенційно майбутніми землекористувачами/ упродовж усього строку дії договору<sup>23</sup>. **Але можливий і варіант без заміни сторони в основоположному договорі:**

Ми знаємо, що в частині 7 статті 5 Закону «Про іпотеку» право оренди «як таке право» вважається нерухомими майном. Цим же Законом нерухомими майном визнається земельна ділянка (абз. 2 ст. 1). Отже, згідно цього положення орендар стає власником нової юридично створеної штучної ділянки, яку він може відчужувати. У разі продажу згаданої штучної земельної ділянки орендарем відбувається заміна сторони в основоположному договорі оренди (про що вже згадувалося). Проте, коли така штучна земельна ділянка відчужується орендарем (власником) шляхом оренди, то залишаючись стороною основоположного договору оренди, він вправі укласти з новим орендарем штучної земельної ділянки договір оренди, точніше, «технічно» це робиться шляхом укладання «договору суборенди» (див.: ст. 8 «Суборенда земельних ділянок» Закону «Про оренду землі») <sup>24</sup>.

Наприклад, на орендованій будівельником ділянці здійснюється проект багатоквартирного будинку. З метою його фінансування, будівельник розпочинає попередній продаж майбутніх квартир шляхом укладення договорів купівлі-продажу майнових прав на квартири, що будуються<sup>25</sup>. Як уже згадувалося, у такому разі він продає частину в «праві забудови (суперфіції)», яка є похідною з до-



говору оренди. Отже, вихідним положенням цієї юридичної конструкції завжди є основоположний договір оренди. Продаючи майбутню квартиру, яка є неспоживна річ / частина в «праві забудови (суперфіції)» / майнові права на квартиру / частина в праві оренди, забудовник мав би це юридично оформити, як відчуження «частини права оренди», що «технічно» можливо зробити через укладення договору «суборенди», з подальшим занесенням до реєстру<sup>26</sup>.

Новели Закону України № 509-VI від 16.09.2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» (далі: Закон № 509-VI «Щодо сприяння будівництву») <sup>27</sup> у частині внесення доповнення до статті 93 ЗКУ «Право оренди земельної ділянки може відчужуватися, у тому числі продаватися на земельних торгах, а також передаватися у заставу, спадщину, вноситися до статутного капіталу власником земельної ділянки – на строк до 50 років, крім випадків, визначених законом» викликали та викликають непорозуміння до сьогоднішнього дня <sup>28</sup>.

Системний аналіз згаданої новели вказує, по-перше, що тут ми зустрічаємо наочний приклад відлуння частини другої статті 190 ЦК України та кореспондуючої до неї частини 7 статті 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку». Фахівці вважали, що законодавець перевів «право оренди» із категорії «зобов'язального» до категорії «речового» права. Насправді це лише був законодавчо інституціоналізоване «право забудови (суперфіції)» без називання його однойменним терміном.

По-друге, законодавець прагне додатково закріпити у ЗКУ можливість відчуження «такого права оренди» у широкому розумінні (через заміну сторони основоположного «договору оренди» або без заміни сторони шляхом укладання «договору суборенди»). Падає в око, що лише чомусь **«власник»** може передати «право оренди» земельної ділянки у статутний фонд. Таке регулювання видається ніби то не логічним, бо «право оренди» належить орендарю, а не власнику/орендодавцю <sup>29</sup>. Використання терміну «власник» створює певне непорозуміння. Необхідно зауважити, що Глава 15 «Право користування землею» ЗКУ встановлює правове регулювання користування землею, яка перебуває у державній та комунальній власності. Отже, коли у част. 5 ст. 93 ЗКУ мова йде про «власника», то законодавець очевидно має на увазі уповноважені органи держав-

ної влади, які вправі виконувати функцію власника від імені держави.

Враховуючи той факт у який час було прийнято згадану законодавчу новелу, то усе стає на своє місце. Адже лише у перші 9 місяців 2008 р. внаслідок глобальної фінансової кризи оголосили про банкрутство більше світових 10 банків із світовими іменами, мільярдні збитки світові страхових компаній, інвестиційних фондів та недержавних пенсійних фондів<sup>30</sup>. Ця криза не обійшла і Україну, зокрема її будівельну галузь<sup>31</sup>. Держава була вимушена здійснити швидкі та ефективні кроки щодо стабілізації економіки. І як результат було прийнято цілий ряд законів України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» (Закон від 25.12.2008 р. № 800-VI)<sup>32</sup>, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» (Закон від 16.09.2008 р. № 509-VI)<sup>33</sup>. Також у той час особлива увага приділялася діяльності Уряду України, функціональними обов'язками якого охоплювалася діяльність щодо створення сприятливих умов для інвестицій в будівництво, вдосконалення дозвільних процедур та їх здешевлення, запровадження конкурентних засад при набутті земельних ділянок та прав на них під забудову<sup>34</sup>.

Для наочного розуміння наведемо кілька виразних прикладів. Зокрема у Законі України від 25.12.2008 р. № 800-VI «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» зазначається, що подолання кризових явищ у будівельній галузі та житловому будівництві здійснюється відповідно шляхом:

- **викупу в забудовників та/або фінансових установ нереалізованого житла** в об'єктах будівництва, що споруджувались із залученням коштів фізичних осіб у разі неспроможності забудовників продовжувати будівництво житла у зв'язку з недостатнім обсягом коштів для формування фондів соціального та службового житла {абз. 2 ч. 1 ст. 1};

- **збільшення статутних капіталів державних банків та Державної іпотечної установи** для надання кредитів на завершення будівництва багатоквартирних житлових будинків {абз. 6 ч. 1 ст. 1};

- **викупу державою у кредиторів іпотечних кредитів**, отриманих фізичними особами на будівництво та придбання житла до

набрання чинності цим Законом і віднесених до категорії ризикованих {абз. 7 ч. 1 ст. 1};

- у разі неможливості повернення суб'єктом господарської діяльності, що здійснює будівництво (забудовником), такого кредиту у визначений договором термін, кредитно-фінансова установа в порядку, визначеному законодавством, **набуває майнових прав на збудоване житло та має право продати його** органам державної влади, органам місцевого самоврядування або Державній іпотечній установі з метою забезпечення громадян, які потребують поліпшення житлових умов відповідно до законодавства, чи здійснити його вільний продаж на ринку житла; {абз. 5 ч. 1 ст. 3}<sup>35</sup>.

Слід зауважити, що із поєднанням власника (держава) та орендаря (будівельник, який веде будівництво на державній/комунальній землі) шляхом вище описаних варіантів викупу, «право оренди» [право забудови (суперфіцій)] автоматично не скасовується без згоди тих осіб, які придбали речові права (іпотекодержателів, майбутніх власників квартир) на «право оренди» = право забудови (суперфіцій) = нерухомість [част. 7 ст. 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку»] = неспоживна річ [част. 2 ст. 190 ЦК] = об'єкти незавершеного будівництва.

Порівнюючи внесені Законом № 509-VI від 16.09.2008 р. «Щодо сприяння будівництву»<sup>36</sup> зміни до ЗКУ (див.: част. 5 ст. 93) та Закону «Про оренду землі» (див.: ст. 8-1 «Відчуження орендарем права на оренду земельної ділянки державної або комунальної власності») зауважуємо звуження можливостей для орендаря відчуження права оренди земельних ділянок державної або комунальної власності, шляхом заборони відчуження права оренди через заміну сторони в основному договорі оренди. Залишається лише можливість відчуження права оренди шляхом укладення договору суборенди. Це навіть вбачається із законодавчої техніки, бо законодавець вставив новелу ст. 8-1 саме як додаткове продовження до ст. 8 «Суборенда земельних ділянок»<sup>37</sup>.

Поясненням такого законодавчого задуму обмеження можливостей відчуження є не настільки введення обмежень<sup>38</sup> для будівництва на землях державної та комунальної власності, наскільки держава прагне керуючими заходами врегулювати відносини у галузі будівництва. У наведеному випадку держава виявляє не ба-

жання звільнити будівельників від юридичної відповідальності за їх недобросовісність. Для прикладу, у Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння будівництву» («Про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння будівництву») (*Реєстр. № 2543 від 22.12.2006 р.*) наголошувалося на те, що будуть запроваджені між іншим нові підходи у боротьбі із зловживаннями у сфері земельних відносин та в будівництві<sup>39</sup>. Ускладнився легкий продаж неіснуючих квартир, а потім «хоч трава не росте».

Отже, підсумовуючи викладене, слід зазначити:

1. Відповідно до названої категоризації у романо-германській (континентальній) системі «право оренди» є зобов'язальним особистим правовідношенням, що визначається засадами зобов'язального права та положеннями договору. Таким чином, відповідно до згаданої категоризації, «право оренди» в Україні насправді не може бути речовим, оскільки тоді вже йшла б мова про «право користування» – сервітут або за спеціальною метою будівництва – право забудови (суперфіцій).

2. Законом України № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (*част. 2 ст. 190 ЦК України та част. 7 ст. 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку»*) було законодавчо інституціоналізовано «право забудови (суперфіцій)» без називання його однойменним терміном.

3. Введенням *част. 4 ст. 93 ЗК України [на теперішній час підготовки статті, частина 4 значилась уже як частина 5]* сформувалось бачення, що «право оренди» стало речовим. Насправді, тут ми зустрічаємо наочний приклад відлуння частини другої статті 190 ЦК України та кореспондуючої до неї част. 7 ст. 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку».

4. Відчуження «права оренди» за част. 5 ст. 93 ЗК України може здійснюватися через заміну сторони основоположного «договору оренди» або без заміни сторони шляхом укладання «договору суборенди». Відчуження «прав оренди» державних та комунальних земель можливе лише через укладення договору суборенди (див. : ст. 8-1 Закону України № 161-XIV від 06.10.1998 р. «Про оренду землі»).

1. *Частина 2* статті 190 Цивільного Кодексу України у редакції Закону України № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України». URL: // <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> 2. *Частина 7* статті 5 Закону України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку» (у ред.: Закону № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України»). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/898-15> 3. *Риш Ф.* «Право очікування» в контексті частини 2 статті 190 Цивільного кодексу України // Держава і право: зб. наук. праць. Серія Юридичні науки. Вип. 74 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2016. С. 264-267, 273. 4. *Спасибо-Фатеева І. В.* Відчуження права оренди // Вісник Академії правових наук України. 2010. № 4 (63). С. 118-127. 5. *Кулинич П. Ф.* Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи // Часопис Київського університету права. 2016. № 2. С. 7. 6. *Мірошниченко А. М., Марусенко Р. І.* Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. Київ: Алерта; КНУ; ЦУЛ, 2009. С. 234; *Мірошниченко А. М., Ріпенко А. І.* Зобов'язальні права користування земельною ділянкою // Право України. 2012. № 7. С. 40-49; *Мороз М. В.* Право найму (оренди) нерухомості як речове право на чуже майно // Форум права. 2014. № 3. С. 249. URL: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_3\\_42.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_42.pdf); *Нижний С. В.* Застава майнових прав, що виникають з орендних правовідносин // Університетські наукові записки. 2005. № 1-2. 2005. С. 130-134; *Фелів О.* Оренда землі згідно з законодавчими змінами від 16 вересня 2008 р. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3140> 7. *Sachenrecht.* von Jörg Schmid. Professor an der Universität Freiburg/Schweiz. Schulthess Polygraphischer Verlag. Zürich. 1997. С. 244-245. № 1201-1205. 8. *Барон Ю.* Система римського громадянського права: в 6 кн.; Ассоциация Юридический центр. Санкт-Петербург: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 315. 9. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2017). URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201701010000/210.pdf> 10. *Bundesgesetz* betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2017). URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classifiedcompilation/19110009/201701010000/220.pdf> 11. *Sachenrecht* von Jörg Schmid. Professor an der Universität Freiburg/Schweiz. Schulthess Polygraphischer Verlag. Zürich. 1997. С. 5. № 22-23. 12. *Частина 7 статті 5* Закону України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку» (у ред.: Закону № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України»). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/898-15> 13. *Митилино М. И.* Право застройки. Опыт цивилистического исследования института. Киев: Тип. насл. Т. Г. Мейнандера, 1914. С. 2; *Balensiefen Gotthold, Bönker Christian, Geiger Norbert, Schaller Wolfgang Schaller.* Rechtshandbuch für die immobilien-praxis. Erwerb, Entwicklung, Bestandhaltung, Vermarktung. Vahlen. 2009. S. 184; *Яценко Д. М.* Право користування чужою земельною ділянкою для забудови: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Ін-т держ. і права ім. Корецького НАН України. Київ,

2010. С. 3. **14.** *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон № 3201-IV від 15.12.2005 р.* // Офіційний вісник України. 2006. №1/1-2/. Ст. 6. – Код акту 34895/2006. **15.** *Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III (у ред.: від 01.01.2017 р. № 1774-19).* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> **16.** *Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV.* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/161-14>. **17.** *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон № 3201-IV від 15.12.2005 р.* // Офіційний вісник України. 2006. №1/1-2/. Ст. 6. Код акту 34895/2006. **18.** *Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV* // Офіційний вісник України. 2004. № 30. Т. 1. Ст. 1993. Код акту 29603/2004. **19.** *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) від 10.11.2011 р. Справа № 1-26/2011* // Офіційний вісник України. 2011. № 90. Ст. 3274. Код акту 59188/2011. **20.** *Відповідно до ст. 3 Модельного закону до обмежених речових прав відносять: 1) емфітевзис; 2) суперфіцій; 3) сервітут; 4) узуфрукт; 5) право оперативного управління [Додаток до постанови МПА СНД від 27.11.2015 р. № 43-9].* **21.** *Мороз М. В.* Право найму (оренди) нерухомості як речове право на чуже майно // Форум права. 2014. № 3. С. 250. URL: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_3\\_42.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_42.pdf); *Сулейменов М. К., Скрябин С.В.* Вещные права на чужую вещь. Вещные права: система, содержание, приобретение // Сборник научных трудов в честь проф. Б. Л. Хаскельберга / под ред Д. О. Тузова. Москва: Статут, 2008. С. 89. **22.** *Сніцина Л.* Заміна сторін у договорі оренди землі: підстави, порядок, наслідки [// Мала енциклопедія нотаріуса: Науково-практичний журнал Асоціації приватних нотаріусів Харківської області. 2010. № 4. С. 75-86. **23.** *Чернышов Л.* Право застройки как инструмент формирования рынка доступного жилья в России // Экономика России: XXI век. 2006. № 17. URL: [http://portal.us.ru/modules/ruseconomics/print.php?subaction=show\\_full&id=1163833320&archive=1401252883&start\\_from=&ucat=&](http://portal.us.ru/modules/ruseconomics/print.php?subaction=show_full&id=1163833320&archive=1401252883&start_from=&ucat=&) **24.** *Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV.* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/161-14> **25.** *Піу Ф.* «Право очікування» в контексті частини 2 статті 190 Цивільного кодексу України // Держава і право: Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. 2016. Вип. 74. С. 265. **26.** *Про затвердження порядку ведення державної реєстрації державних актів на право власності на земельну ділянку та на право постійного користування земельною ділянкою, договорів оренди землі: Постанова Кабінету Міністрів України від 09.09.2009 р. № 1021 {Постанова втратила чинність на підставі Постанови КМУ № 1051 від 17.10.2012 р.}; Порядок ведення Державного земельного кадастру: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.10.2012 р. № 1051.* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/>

show/1051-2012-п **27.** Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву: Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI // Офіційний вісник України. 2008. № 77. Ст. 2583. Код акту 44599/2008.

**28.** Фелів О. Оренда землі згідно з законодавчими змінами від 16 вересня 2008 р. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3140>; Кулинич П. Ф. Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи // Часопис Київського університету права. 2016. № 2. С. 7.

**29.** Кулинич П. Ф. Там само.

**30.** Пояснювальна записка від 27.10.2008 р. до проекту Закону України (№ реєстрації 3309-4, дата реєстрації від 28.10.2008 р.) «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (Суб'єкт права законодавчої ініціативи: Президент України). URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=33608](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=33608)

**31.** Бум, который треснул // Зеркало недели. 2008. № 42 (721). С. 9.

**32.** Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва: Закон України від 25.12.2008 р. № 800-VI // Офіційний вісник України 2009. № 1. С. 50. Стаття 10. Код акту 45460/2009.

**33.** Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву: Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI // Офіційний вісник України. 2008. № 77. Ст. 2583. Код акту 44599/2008.

**34.** Інформація про стан виконання програми діяльності Кабінету Міністрів України «Український прорив: для людей, а не політиків» та завдань і заходів, спрямованих на мінімізацію негативних наслідків впливу світової фінансової кризи у 2008 році. URL: <http://uchebana5.ru/cont/2300972.html>.

**35.** Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва: Закон України від 25.12.2008 р. № 800-VI // Офіційний вісник України. 2009. № 1. Ст. 10. Код акту 45460/2009.

**36.** Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву: Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI // Офіційний вісник України. 2008. № 77. Ст. 2583. Код акту 44599/2008.

**37.** Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/161-14>

**38.** Беручи до уваги останні законодавчі зміни, а саме, те що право оренди може заставлятися, однак, тільки щодо земельних ділянок приватної власності (ст. 81 Закону про оренду землі), виникає запитання практичності застави/іпотеки права оренди взагалі. Адже практична необхідність полягала саме в оренді комунальних та державних земельних ділянок, які забудовники хотіли використовувати як забезпечення зобов'язань з фінансування будівництва. Можна погодитися, що заборона застави права оренди комунальних і державних земель мала на те свої причини. Виникає запитання: для чого ж передбачати можливість її застави для приватних земель? (Фелів О. Оренда землі згідно з законодавчими змінами від 16 вересня 2008 р. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3140>).

**39.** Подання до проекту Закону про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння будівництву від 22 грудня 2006 р. (Законопроект Реєстр. № 2543 від 22.12.2006 р.). URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=2543&skl=6](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2543&skl=6).

**Rysh Filipp. Legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine in the Ukrainian legislation, and why «leasehold» has become a proprietary right**

The present article covers disputable issues related to legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine and the relevant part 7, article 5 of the Law of Ukraine #898-IV «On Mortgage» in the legislation of Ukraine, in particular in part 5, article 93, and in part 4, article 124 of the Land Code of Ukraine, article 8-1 of the Law of Ukraine # 161-XIV «On Land Lease».

In Romano-Germanic (continental) law system «leasehold» is a binding personal legal relation, determined by the principles of right in personam and contractual provisions. Pursuant to the above classification, «leasehold» in Ukraine can not as a matter of fact be proprietary, because in this case we would talk about the right of use, or servitude.

With the introduction of the register of proprietary rights, lawmaker transferred lease right in personam into proprietary right, and bound the parties of all lease agreements (not only those for construction purposes) to conduct registration of these agreements in the register of proprietary rights. By doing so, they completely changed the legal nature of lease right in personam into proprietary right, and clause 2 of part 1, article 4 of the Law of Ukraine #1952-IV dated 01.07.2004 «On State Registration of Rights to Immovable Property and their Encumbrances», which provided for the state registration of proprietary rights, is disputable as it contradicts the fundamental principle of private law relations, «the freedom of contracts».

Major difference of the «building lease (superficies)» from the «leasehold» lies in its proprietary essence. Both the proprietary right - «building lease (superficies)», and right in personam – «leasehold» arise from an agreement. Lease agreement bears personal nature, because in general lessee is not able to transfer his or her leasehold to any third party without the consent of lessor. Taking into consideration some peculiarities of lease agreement, it is difficult to administer law, governing substitution of debtor and creditor in its pure form, in relation to this agreement at the time of changing parties in obligation. Therefore, application of a general term «substitution of a party in agreement» would be the most advisable as far as land lease agreements are concerned.

Law of Ukraine #3201-IV dated 15.12.2005 legislatively institutionalized «building lease (superficies)» without giving it the same term. Pursuant to part 5, article 93 of the Land Code of Ukraine, alienation of «leasehold» can be effected by way of substitution of a party of the basic «lease agreement», or by way of entering into «sublease agreement» without substitution of a party. Alienation of «leasehold» of the state and municipal lands is possible by way of entering into sublease agreement only.

**Keywords:** «objectivation of rights in personam», «leasehold for construction purposes», conveyancing of leasehold, building lease (superficies), sublease right, servitude, limited proprietary right, legal registration of the use of item of property, real obligation, alienation of proprietary right, substitution of a party in agreement, registration of proprietary rights, abusive practice in the sphere of land relations, crisis response measures.