

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Сьогодні можна визнати необхідність створення Стратегічного плану законопроектної роботи Верховної Ради України і визначення у ньому першочергових законопроектів, які повинні бути прийняті насамперед та передбачати провідні концепції розвитку держави тощо. Так, Р. Стефанчук на перше місце в законопроектній роботі ставить внесення змін до Конституції України, потім визначає необхідність реформатування Цивільного кодексу, Кримінального кодексу, Кодексу про адміністративні правопорушення і Кодексу про адміністративні делікти¹. Отже, за його позицією перегляд Закону України “Про нотаріат” має відійти на другий етап законопроектної роботи. Але ця позиція не є бездоганною, оскільки в запропонованому проекті Закону України “Про ріелтерську діяльність в Україні” (далі – Законопроект) пропонується внести зміни до ст. 638 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), що ‘істотною умовою договору, за яким об’єкт нерухомого майна, його частина відчужується, реалізується та/або передається в найм (оренду), позичку фізичною особою, є індивідуальний реєстраційний номер інформаційного паспорта об’єкта нерухомості в Єдиній інформаційній базі даних у сфері ріелтерської діяльності відповідно до Закону України “Про ріелтерську діяльність в Україні”². І таким способом робиться спроба зобов’язати всіх власників нерухомого майна звертатися за послугами ріелтерів при будь-яких операціях із таким майном, оскільки лише вони матимуть доступ до відповідної Єдиної інформаційної бази даних у сфері ріелтерської діяльності (далі – База). Але таке “удосконалення” норм ЦК України в угоду ріелтерам порушує принцип свободи договору, значною мірою і ст. 41 Конституції України, коли участь ріелтера у договорах із нерухомим майном штучно нав’язується державою не для забезпечення законності договору, за чим має стежити нотаріус, а з “невдомих” причин ріелтерські послуги стають загальнообов’язковими. Проблемність цього питання в контексті нотаріальної діяльності полягає у тому, що ріелтери поступово втручаються у сферу діяльності нотаріусів, але межі у такому втручанні передбачити складно...

Ба більше, Законопроект важко віднести до інституційно основних, тому його розроблення і впровадження раніше змін до ЦК України несе в собі істотну неузгодженість, оскільки ріелтери тепер мають зайняти певне місце при посвідченні договорів купівлі-продажу об’єктів нерухомості поряд зі сторонами тощо. Наприклад, якщо ріелтерський договір

¹ О Рощенко, ‘Стефанчук оголосив новації для Ради і план на найближчий час’ (*Українська правда*, 03.02.2020) <<https://www.pravda.com.ua/news/2020/02/3/7239236>> (дата звернення: 28.08.2020).

² Проект Закону про ріелтерську діяльність в Україні від 9 червня 2020 р. № 3618 <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69071> (дата звернення: 28.08.2020).

не був зареєстрований у Базі, то він вважатиметься нікчемним відповідно до ч. 4 ст. 8 Законопроекту. Отже, і відповідний запис у Базі буде розцінюватися таким самим чином, а це ж істотна умова договору з усіма правовими наслідками для сторін цього договору... Тому варто було б спочатку сформулювати нову і сучасну доктрину цивільного права, обговорити її з фахівцями і лише потім відобразити її у Законопроекті. Така концепція була висловлена самим Р. Стефанчуком: '<...> далі це буде стосуватися кодифікованих актів – ми сконцентруємо свою увагу на відповідних кодифікаціях, при чому як на створення нових кодексів, так і на рекодифікації вже існуючих кодексів'³. Зараз же все відбувається навпаки, коли нова концепція цивільного права не сформована, не обговорена, а до ЦК України вносяться фрагментарні зміни, які потім потрібно буде узагальнити й адаптувати до інших положень ЦК України.

Отже, і законопроект І. Фріса про внесення змін до Закону України "Про нотаріат" (щодо усунення законодавчих колізій та прогалин) слід сприймати як негайний, щоб усунути колізії в законодавчому понятійному апараті⁴, який не усуває необхідність концептуального перегляду основ організації та діяльності нотаріусів. Об'єктивно не може законопроект "Про нотаріат" передувати внесенню змін до цивільного та інших кодексів, інакше їх впровадження знову потребуватиме перегляду новоприйнятого Закону.

Таким чином, у фахівців, які займаються проблемами нотаріальної діяльності, є час, щоб обговорити концептуальні засади організації та здійснення нотаріальної діяльності та запропонувати власні міркування з приводу їх впровадження у нову редакцію Закону України "Про нотаріат". Хоча не будемо унеможлиблювати розроблення Нотаріального кодексу, який міститиме всі аспекти нотаріальної діяльності, включаючи істотно розширені межі їх повноважень і конкретизовані правила їхньої діяльності як нотаріусів, обґрунтований розмір оплати праці державного нотаріуса, а також принципи формування оплати праці приватного нотаріуса тощо. Всі ці питання варто широко і конструктивно обговорити перед запровадженням у законодавство, а не після набуття їх чинності критикувати у зв'язку з численними істотними порушеннями прав фізичних і юридичних осіб. Саме тому читачам журналу запропоновані різні позиції вчених для обговорення.

Щодо перспектив розвитку нотаріату і переосмислення сучасного стану нотаріальної діяльності, то С. Фурса та Є. Фурса вважають, що сучасний етап економічної кризи в державі внаслідок карантину через коронавірус є точкою неповернення, коли істотна частина бізнесу не зможе

³ Рощенко (н 1).

⁴ Проект Закону про внесення змін до Закону України "Про нотаріат" (щодо усунення законодавчих колізій та прогалин) від 2 вересня 2019 р. № 1220 <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66591> (дата звернення: 28.08.2020).

відновити свою роботу, а значна частина населення України суттєво збідніє. Відповідно, це призведе до зменшення економічної активності, що додатково негативно позначиться на кількості та обсягах нотаріальних послуг. Тому не можна розглядати нотаріальну функцію як стабільну і таку, що здатна забезпечити роботою і певним доходом адміністративно визначену кількість нотаріусів. Однак у разі подолання кризи кількість нотаріусів має зростати. Ба більше, такий етап у правовій сфері нашої держави, як продаж землі сільськогосподарського призначення, має істотно збільшити попит населення на нотаріальні послуги. Отже, повернення до квотування кількості нотаріусів у регіонах прогнозовано не дасть позитивних результатів, а лише збільшить корупцію.

Проведення аналізу тенденцій реформування нотаріату в Україні як органу, а також певної процедури вчинення нотаріальних проваджень слід розпочинати з аналізу сучасного стану правової системи нашої держави та місця у ній нотаріату як органу безспірної юрисдикції, який має досить важливе значення для належної охорони прав фізичних та юридичних осіб, як в Україні, так і за її межами. Такий аналіз дасть новий поштовх для поглибленого вивчення практичних аспектів нотаріальної діяльності з метою її переосмислення та подальшого розроблення доктринальних положень, які стануть базисом для прогнозування майбутнього українського нотаріату та вдосконалення як організації, так і процесуальної діяльності осіб, які вчиняють нотаріальні дії.

Нотаріат має бути дієвим механізмом з охорони прав суб'єктів цивільних відносин, але саме завдяки розширенню повноважень нотаріусів у цій сфері, а не наділенню їх все новими і не властивими нотаріальній діяльності функціями. Саме наука про нотаріат повинна робити прогнози щодо його розвитку і пропозиції щодо їх втілення у законодавство про нотаріат з метою вдосконалення способів охорони та захисту прав людини. Україна має подолати економічну і правову кризи, які слід сприймати як першопричини виникнення проблем у нотаріаті, тоді і перед нотаріусами України мають постати зовсім інші завдання: забезпечувати охорону та захист прав фізичних і юридичних осіб за допомогою високопрофесійної діяльності. Більш докладно з позицією С. Фурси та Є. Фурси можна ознайомитися у статті “Актуальні проблеми нотаріату України та їхні доктринальні шляхи вирішення”.

В. Комаров і В. Баранкова у статті “Нотаріат України та перспективи його розвитку” розглядають нотаріат як інститут позасудового превентивного захисту, який своєю діяльністю має сприяти досягненню завдань правосуддя, запобігаючи виникненню судових спорів, попереджаючи порушення цивільних прав та інтересів, забезпечення їх належної реалізації. Ефективність виконання завдань нотаріату та його функціональних можливостей мають бути забезпечені адекватним унормуванням органі-

заційних засад цього юрисдикційного органу, а також процесуально-правових аспектів нотаріальної діяльності. Зокрема, проблемами, що потребують нагального правового врегулювання, є проблеми системи суб'єктів нотаріального процесу, квотування посад нотаріусів, оплати вчинення нотаріальних дій, унормування основних засад нотаріального процесу.

Викликає заперечення залишення у складі нотаріальних органів посадових осіб органів місцевого самоврядування, які можуть вчиняти низку нотаріальних дій за умови, що у відповідному населеному пункті немає нотаріусів. Доцільно виключити їх із системи нотаріальних органів, надавши їм лише можливість посвідчувати заповіти та довіреності, що дорівнювалися б до нотаріально посвідчених.

Відсутність обмеження кількості посад нотаріусів у межах нотаріального округу не відповідає основним засадам і принципам діяльності нотаріату. За таких умов нотаріуси будуть змушені конкурувати між собою, що неприпустимо, адже нотаріальна діяльність не є підприємницькою.

Проблемними і такими, що потребують досконалого унормування, є питання оплати вчинюваних нотаріальних дій. Слід законодавчо визначати і закріплювати і мінімальний, і максимальний розміри такої оплати.

Вирішення питання про зупинення та припинення нотаріальної діяльності з підстав, які не пов'язані з власною ініціативою нотаріуса або безумовними, безспірними підставами (наприклад, смерть нотаріуса або втрата ним громадянства), доцільно було б передати до компетенції суду.

Негативною ознакою нотаріального законодавства є відсутність визначення статусу нотаріуса як публічної офіційної особи. Приватно практикуючий нотаріус володіє унікальним дуалістичним статусом, який обумовлює необхідність віднесення його до посадових осіб незалежно від того, що він не перебуває на державній службі і не включений до штату державного апарату. Ця виключність його правового становища проявляється у тому, що він виконує функції державної влади в порядку здійснення покладених на нього державою спеціальних повноважень. Отже, приватно практикуючий нотаріус є одночасно посадовою особою, наділеною державною владою, і спеціалістом вільної юридичної професії.

Судова і нотаріальна діяльність характеризуються низкою загальних рис, наявність яких дає можливість говорити про існування своєїрідної логічної й ефективної системи із захисту прав і законних інтересів учасників цивільного обороту, у межах якої жодної конкуренції чи заміни однієї ланки іншою не відбувається. Ба більше, наявність інституту нотаріату сприяє значному зниженню навантаження на судову систему.

Таким чином, в основу характеристики нотаріату як інституту превентивного правосуддя покладене розуміння нотаріату як органа, покликаного не здійснювати судові функції, а сприяти досягненню завдань правосуддя і запобігати виникненню судових спорів за допомогою попередження порушення цивільних прав та інтересів, забезпечення їхньої належної реалізації, що можна назвати превентивним захистом.

Нотаріальна діяльність передбачає досить велике коло юридичних дій, які здійснюються у межах нотаріального провадження з приводу розгляду і вирішення конкретної нотаріальної справи. Нотаріальне законодавство мало б не просто ретельно врегульовувати загальні та спеціальні правила вчинення нотаріальних дій, тобто процедурні аспекти, а й унормувати такі підстави для скасування нотаріального акту, як його незаконність і необґрунтованість. Це було б на користь і нотаріусам, які мали б гарантії того, що в їхніх діях, які вчинені з дотриманням процедурних правил, не буде виявлено в подальшому порушення закону, і заінтересованим особам, які отримували б сталий нотаріальний акт, зміст якого в подальшому не міг би бути оспорений показаннями свідків.

Все викладене свідчить про необхідність суттєвого вдосконалення правового регулювання організаційних питань нотаріальної діяльності та нотаріально-процесуальних правовідносин. Уявляється, що доцільним було б прийняття не нового Закону “Про нотаріат”, а двох законодавчих актів: Закону “Про організацію нотаріату” та Нотаріального процесуального кодексу, який відбивав би процесуальну природу нотаріальної діяльності, регулював процедуру вчинення нотаріальних дій та забезпечував гарантії функціонування нотаріату.

О. Клименко у статті “Концепція розвитку нотаріату України” зробила аналіз перспектив розвитку нотаріату в контексті реформування відповідного законодавства.

Оскільки законодавство про нотаріат характеризується комплексністю і галузевою предметною диференціацією, авторка підтримує позицію щодо доцільності прийняття кодифікованого акта, яким може бути *Нотаріальний кодекс*. Беручи ж до уваги складність предмета правового регулювання, важливим є кваліфіковане наукове забезпечення законотворчого процесу з розроблення його проєкту. Зокрема, істотне значення має чітке визначення предмета та сфери його правового регулювання (для прикладу, механізми оскарження дій нотаріуса до нього не належать). У межах кодифікації законодавства про нотаріат концептуального вирішення потребують такі основні питання:

– установче визначення цілей, завдань і функцій нотаріату як конституційно-правового інституту з утвердження та забезпечення прав людини, конституційного правопорядку щодо охорони та захисту прав

і законних інтересів громадян та юридичних осіб у сфері цивільного обороту (у контексті диференціації як суміжного правового інституту);

– інституалізація українського нотаріату за принципами системи латинського нотаріату. Це передбачає: децентралізацію владних повноважень у сфері нотаріату (кореспондує реформі децентралізації державної влади в Україні); розширення функцій професійного самоврядування (зокрема, завдяки передачі невластивих державі функцій управління у цій сфері); трансформацію державного сектора нотаріату з метою впровадження моделі єдиного нотаріату, чітке визначення структури нотаріальних органів (з урахуванням особливостей їхнього статусу);

– вибір законодавчої моделі нотаріального процесу, насамперед з урахуванням його структури та рівня процедурного забезпечення охорони прав (відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції України);

– впровадження моделі “нотаріального сервісу”, що має розглядатись як відповідний комплекс послуг: нотаріальних, реєстраційних, консультативних тощо (зокрема, у контексті можливого впровадження механізмів забезпечення державою доступу соціально вразливих категорій громадян до нотаріальних послуг в умовах єдиного нотаріату);

– перспектив впровадження моделі “електронного нотаріату” в контексті загальнодержавної програми діджиталізації (цифровізації) України (широке впровадження інформаційно-комунікаційних технологій, інструментів дистанційної авторизації клієнтів, створення електронного реєстру вчинення нотаріальних дій, електронного державного нотаріального архіву, оптимізація доступу й обміну даними інших державних баз даних) і національної стратегії кібербезпеки.

М. Бондарева у статті “Реформування нотаріату в Україні: актуальні проблеми” зазначає, що як продукт природної потреби у посвідченні прав, у наданні документам і фактам юридичної вірогідності, нотаріат еволюціонував у відповідь на ускладнення соціально-економічного життя людства. Нотаріат у країнах, які обрали для себе латинську модель, слугує індикатором інтенсивності цивільного обороту. Це наочно продемонстрував приклад Радянського Союзу, де заміна приватної власності особистою при домінуванні державної власності покликала до життя виключно державний нотаріат із вкрай бідним функціоналом. Український нотаріат зароджувався фактично “з чистого аркуша” і в непростий період запровадження приватної форми власності, переходу від планової до ринкової економіки, що, по суті, відповідає періоду первісного накопичення капіталу. Всі ці фактори, а також відсутність чіткої програми побудови/реформування юридичної інфраструктури, недосконале законодавство значно вплинули на організацію та якість роботи нотаріату загалом. Утім, український нотаріат еволюціонував, зокрема в аспекті самоорганізації, що дало змогу перетворити Нотаріальну палату Украї-

ни (далі – НПУ) на колективний рупор. Саме НПУ сьогодні на вістрі боротьби за реформу. Тому завданням науковців є оцінка вимог НПУ на предмет балансу з правами й інтересами споживачів нотаріальних послуг, аналіз їхньої сутності на предмет самодостатності та повноти, а також підведення під ці вимоги теоретичного підґрунтя.

Аби чергова реформа була результативною, потрібно визначити комплекс її засадничих принципів та конкретних заходів з усіх проблемних питань. Так, проблема єдності нотаріату далеко не обмежується існуванням рудименту радянської епохи – державного нотаріату, а також нерівністю матеріального забезпечення державних і приватних нотаріусів. Цю проблему варто розглядати глибше, включаючи першопричини, а їх як мінімум дві. По-перше, нотаріат як інституційна й функціональна структура відбувся в Україні не як процес історичного розвитку, він був інкорпорований разом із радянським спадком та еволюціонував у період перетворень. Тому елементарно відсутнє розуміння його сутності. По-друге, ніяк не закінчиться процес переділу ринків, а державні сервіси в “надійних руках” є надійним інструментом арбітрувати правильність такого переділу. Банальні приватні корупційні інтереси є підставою для створення “квазінотаріальних” паліативів.

Тобто реформа має здійснюватися на принципах: 1) визнання дуальності статусу й наявності публічно-правової компоненти у статусі нотаріуса; 2) визнання нотаріату як єдиного й повноважного органу посвідчувати права, надавати фактам і документам юридичної вірогідності. Названі принципи не можуть розглядатись як лобізм, оскільки, погодившись на латинську модель нотаріату, Україна погодилася запровадити результат еволюції – нотаріат із більш активною роллю нотаріуса. Окрім того, визнавши публічно-правовий статус нотаріуса, держава погодиться на ексклюзивне право нотаріату здійснювати певні повноваження: конкуренція допускається між нотаріусами у наданні послуг, але не допускатиметься конкуренція між нотаріусами й іншими органами, як вона відсутня між державними органами та (або) органами місцевого самоврядування.

Має бути запроваджено унормування саморегулювання на базі НПУ, яке включало б не тільки передачу НПУ функцій контролю у сфері нотаріату, нагляду в сфері реєстрації та фінансового моніторингу, а й покладення обов’язку розроблення стандартів збереження інформації після запровадження Е-нотаріату та створення відповідних баз даних й електронних реєстрів, підготовки пропозицій у сфері оподаткування та соціального забезпечення, створення відповідних фондів для надання фінансової допомоги всередині цеху, а також, із перспективою, як базового елемента для створення недержавної пенсійної системи другого рівня.

Саме оподаткування має бути реформоване відповідно до визначення самозайнятої особи, враховуючи статус нотаріуса не тільки як роботодавця для себе, а й для інших.

НПУ також має мати право законодавчої ініціативи (не напругу, а в системі механізму з обов'язковим зворотним зв'язком), аби вимагати законодавчого врегулювання законодавчих колізій і лакун, які не дають змогу нотаріусу виконувати свої обов'язки в межах чинних законодавчих конструкцій.

Необхідно позбавитися декотрих ліберальних підходів, які себе не виправдали. Зокрема, знову ввести квотування кількості нотаріусів. Потрібно розширити повноваження нотаріусів, надавши їм право вчиняти акти громадянського стану та виконувати роль медіатора (медіація при розлученні й реєстрація укладення та розірвання шлюбу), здійснювати попереднє забезпечення доказів і ескроу-розрахунки. І це – далеко не повний перелік можливих нововведень. Потрібно запровадити Е-нотаріат, перетворивши робоче місце нотаріуса на “будинок нотаріальної юстиції”. Аргументом на користь цієї вимоги є зручність й інформаційна безпека споживача послуг. Адже в Україні вже запроваджені подібні суб'єкти у вигляді центрів надання адміністративних послуг. Можна дискутувати про фото- і відеофіксацію нотаріальної дії. Врешті-решт, можна говорити про передачу функцій державної реєстрації прав нотаріату, адже вирішення цього питання не вимагатиме від держави жодної копійки бюджетних коштів на утримання державних реєстраторів (узагальнено, бюджети міст також формуються за кошти платників податків).

Шкода тільки, що державна реєстрація – справа прибуткова, а за корупційної складової вона тим більше є такою. Тому ніхто не поспішає перекладати на нотаріусів цей “тягар”, справедливо розсудивши, що бюджет витримає все. А це могло сприяти не тільки зменшенню державних витрат, а й збільшенню заробітку для нотаріусів.

Нарешті, реформа нотаріату має бути проведена у сукупності з іншими складовими юридичної інфраструктури, інакше вона виявиться не ефективною, а ефект буде зменшено.

Рубрика “Нотаріальні процесуальні правовідносини та їхні суб'єкти” – це один із головних інститутів теорії нотаріального процесу, який тривалий час залишався неконкретизованим у Законі України “Про нотаріат” унаслідок відсутності глибокого та комплексного теоретичного підґрунтя. Тому поява відповідної рубрики в журналі та серії статей, присвячених цій проблематиці, має стати передумовою позитивних зрушень у формуванні нового предмета для дослідження, концепцій і конкретних пропозицій з удосконалення законодавства.

М. Дякович у статті “Особливості правового статусу нотаріуса в Україні: теоретичні та практичні аспекти” вважає, що важливість чітких концеп-

туальних підходів як із боку держави, в особі Міністерства юстиції України, так і НПУ, дасть можливість сформувати в Україні такий правовий статус нотаріуса, який дасть йому змогу посісти чільне місце серед юрисдикційних органів, головною функцією яких є охорона й захист прав та інтересів осіб, які цього потребують. Крім того, це дасть можливість зберегти нотаріат латинського типу, а не відійти у бік англосаксонської правової системи, де нотаріус надаватиме будь-які правові послуги, що стосуватимуться здебільшого випадків реєстраційних сервісних центрів, і не стане статистом, а професія нотаріуса не буде приставкою до професії реєстратора, інформатора, адвоката тощо. Закон України “Про нотаріат” вимагає прийняття його в цілому у новій редакції. Ми пропонуємо врахувати конкретні пропозиції щодо удосконалення норм ЦК України та, відповідно, Закону України “Про нотаріат” у частині визначення правового статусу нотаріуса та актів, які він приймає. Зокрема:

1. Викласти ч. 2 ст. 209 ЦК України у новій редакції:

“Нотаріальне посвідчення правочину здійснюється нотаріусом шляхом вчинення нотаріального акта, який виражається у формі документа, відповідає загальним вимогам, які встановлені ст. 203 цього Кодексу, та закріплює волю сторін, спрямовану на виникнення, зміну або припинення відповідних правовідносин, і наділений доказовою і виконавчою силою.”

Відповідно, ч. 3 ст. 209 ЦК України виключити.

2. Викласти ст. 18 ЦК України у новій редакції:

“Нотаріус здійснює охорону і захист цивільних прав та інтересів шляхом посвідчення договорів та інших правочинів з метою недопущення або припинення деліктного правовідношення та вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом.”

3. Викласти ч. 1 ст. 1 Закону України “Про нотаріат” у новій редакції:

“Нотаріат в Україні – це система органів і осіб, які уповноважені державою та здійснюють незалежну професійну діяльність з надання делегованих їм державою публічних послуг у формі вчинення передбачених законом нотаріальних дій з посвідчення або засвідчення суб’єктивних прав і обов’язків та фактів, що мають юридичне значення, не лише для надання їм юридичної вірогідності, а й для створення доказів їх правомірності та об’єктивності з метою сприяння їх охороні і захисту.”

4. Доповнити ст. 7 Закону України “Про нотаріат” ч. 3:

“Вчинення нотаріальної дії завершується прийняттям нотаріусом нотаріального акту.”

5. Доповнити Закон України “Про нотаріат” ст. 7¹:

“Нотаріальний акт.

Нотаріальний акт – це публічне рішення нотаріуса, яке приймається та виражається у формі документа на підставі правових норм та закріплює волю сторін, спрямоване на виникнення, зміну або припинення відповідних правовідносин, забезпечує охорону прав та інтересів суб'єктів цих правовідносин і наділене доказовою і виконавчою силою.”

6. Доповнити ст. 4 Закону України “Про нотаріат” абзацом 4, в якому передбачити право нотаріуса надавати юридичну допомогу в питаннях врегулювання суперечностей сторін при вчиненні нотаріальних дій як медіатора.

Стаття О. Дерій “Виникнення нотаріальних процесуальних правовідносин: актуальні питання” присвячена концептуальному аналізу нотаріальних правовідносин. Зокрема, вчена вважає, що нотаріальні правовідносини мають утворювати систему не тільки щодо внутрішніх нотаріальних адміністративних і нотаріальних процесуальних відносин, а й узгоджуватися із зовнішніми відносинами, які пов'язані з нотаріальними правовідносинами, і з ними утворювати певну міжгалузеву систему, наприклад, із виконавчими процесуальними правовідносинами, зокрема у питаннях правонаступництва у виконавчому процесі у разі смерті однієї зі сторін виконавчого процесу – стягувача чи боржника, які одночасно можуть бути суб'єктами спадкових правовідносин у нотаріальному процесі. При цьому важливим елементом нотаріальних процесуальних правовідносин є передумови їхнього виникнення, які мають забезпечити реальне виникнення та розвиток, а отже, і реалізацію прав осіб на вчинення нотаріального провадження.

Рубрика “Процедура вчинення нотаріальних проваджень: загальні та особливі правила” містить декілька цікавих для аналізу статей, зміст яких спрямований на розвиток професійної діяльності нотаріусів України.

Так, Ю. Заїка у статті “Процедура нотаріального посвідчення заповіту: теорія і практика” провів аналіз проблем, пов'язаних із процедурою нотаріального посвідчення заповіту, і зробив такі висновки: 1) при посвідченні заповіту важливе теоретичне і практичне значення має перевірка дієздатності заповідача, здатності його до свідомого волевиявлення на момент укладання правочину та розуміння визначених законом меж такого волевиявлення; 2) обґрунтовується необхідність відеозапису процедури складання та посвідчення заповіту у тих випадках, коли його укладають особи похилого віку чи з певними фізичними вадами; 3) з метою уніфікації нотаріальної практики внесена пропозиція розробити методичні рекомендації з посвідчення, зміни та скасування заповітів, прийняття на зберігання секретного заповіту та процедури його оголошення; 4) пропонується змінити редакцію ст. 1254 ЦК України у частині настання правових наслідків, пов'язаних із визнанням недійсним нового заповіту.

І. Бондар у статті “Теоретичні та практичні концепції охорони особистих немайнових прав у нотаріальному процесі” дійшла цілої низки висновків. По-перше, наголосивши на комплексності відносин між нотаріусом і клієнтом, та наявності “особистісної” складової в межах нотаріальних процесуальних правовідносин. По-друге, через важливість особистих немайнових прав для осіб і спрощений підхід законодавця до форми правочинів, що виникають із особистих немайнових правовідносин, вказала на те, що слід передбачити обов’язкову нотаріальну форму для певних із них. По-третє, через відсутність чіткого врегулювання великої кількості договорів щодо особистих немайнових прав та їхню складність, на нотаріуса покладається велика відповідальність, що вимагає особливої уваги до їхнього змісту та належної компетентності в зазначених питаннях. Дотримання та охорона особистих немайнових прав має відбуватися на всіх етапах нотаріального процесу. Важливе теоретичне та практичне значення має як врегулювання матеріальних аспектів, так і процедури нотаріального посвідчення правочинів з особистими немайновими правами. Також для належної охорони особистих немайнових прав дітей у нотаріальному процесі слід передбачити залучення органів опіки та піклування й отримання їхньої згоди на укладення договорів з особистими немайновими правами.

Л. Малярчук свою статтю “Вчинення виконавчого напису нотаріуса на іпотечному договорі та стягнення за ним: проблеми теорії і практики” присвятила питанню, яке має бути виписане у законодавстві так, щоб не виникало правопорушень і спорів, а стягнення, що здійснюється на його підставі, було безспірним. Виходить, що підзаконні акти такі суперечать закону, тоді як пряма вказівка у Законі України “Про іпотеку” про звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі виконавчого напису нотаріуса все ж свідчить про допустимість вчинення цієї нотаріальної дії. Інша справа, що по суті такий припис залишається декларативним, адже процедура її вчинення регламентована Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, положення якого для підтвердження безспірності заборгованості відсилають до затвердженого постановою Кабінету Міністрів України Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріуса, який у частині вчинення виконавчого напису нотаріуса на договорі іпотеки визнаний незаконним. Тому законодавство потребує узгодження з урахуванням наведених нами міркувань, зокрема в контексті визначення доцільності залишення такої позасудової форми задоволення вимог іпотекотримачів загалом.

Рубрика “Правова природа нотаріального акта” – це відносно новий напрям дослідження у теорії нотаріального процесу і, відповідно, нова рубрика журналу. Тому приємно, що на пропозицію взяти участь в обго-

воренні цієї проблематики погодилася відома і досвідчена польська учена-процесуалістка К. Флага-Герушинська. Вона зазначає, що у польській доктрині основним елементом змісту нотаріального акта, який використовується як наказ про примусове виконання, є декларація кредитора про пред'явлення його до виконавчого провадження. Він повинен чітко вказувати на пред'явлення кредитором акта до примусового виконання і виконання його конкретним боржником, що реалізується у правовідносинах між цим кредитором та особою, яка складає декларацію. Зокрема, словосполучення “під страхом примусового виконання” слід вважати недостатнім. Доцільно у нотаріальному акті застосовувати передбачений законом термін “пред'являти до виконання”. У доктрині зазначається, що таке рішення покликане захищати право кредитора, оскільки лише від його волі, вираженої в декларації, залежить, чи буде виконання “покарань” із певних правовідносин здійснюватися на підставі отриманого таким чином розпорядження про примусове виконання або на основі рішення суду. Крім конститутивних ознак, нотаріальний акт у випадках, передбачених у пунктах 4–6 ст. 777 Кримінального процесуального кодексу, може містити додаткові (необов'язкові) положення, якщо на це буде воля кредитора. Зокрема, кредитор може: 1) подати стягнення лише на певні активи, передбачені нотаріальним актом; 2) вказати граничний термін, після якого кредитор пред'являє нотаріальний акт до примусового виконання (пізніше дати виконання); 3) пред'явлення нотаріального акта до примусового виконання за певних умов; 4) обмеження допустимих способів примусового виконання, наприклад, примусове стягнення винагороди за працю. Діючий принцип цивільного права (ст. 3531 Цивільного кодексу) – принцип свободи договору передбачає таку можливість. Авторка обґрунтовує випадки, за яких відкриття виконавчого провадження за нотаріальним актом є неможливим. Із метою припинення дискусій щодо нотаріального акта як наказу примусового виконання, слід підкреслити, що навіть якщо суд не приймає або відхиляє заяву про надання виконавчого застереження, це не змінює статусу цього акта як офіційного документа. У польській правовій системі це означає, що він може бути використаний для отримання платіжного доручення. (Більш докладно див.: KINGA FLAGA-GIERUSZYŃSKA “NOTARIAL DEED AS AN ENFORCEMENT ORDER IN THE POLISH LEGAL SYSTEM” у перекладі “НОТАРІАЛЬНИЙ АКТ ЯК ВИКОНАВЧИЙ ДОКУМЕНТ У ПОЛЬСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ”).

О. Снідевич у статті “Теоретичні проблеми юридичної сили нотаріального акта у доктрині нотаріального процесу України” дійшов таких висновків: 1) під юридичною силою нотаріального акта слід розуміти властивість нотаріального акта діяти, його юридичне значення у правовідносинах, здатність породжувати правові наслідки у вигляді виникнення, зміни та припинення правовідносин, а також місце но-

таріального акта в системі інших правових актів; 2) невирішеними у законодавстві та науці залишаються питання про ступінь доказової сили нотаріального акта. Пропозиція щодо законодавчого закріплення положення про неможливість оспорювання нотаріально посвідчених правочинів або документів показаннями свідків загалом є слушною, однак вона повинна втілюватися у законодавство комплексно – разом з удосконаленням процедури фіксації вчинення нотаріальних дій; 3) виконавча сила нотаріального акта повинна пов'язуватися та пов'язується у законодавстві з його примусовим виконанням органами примусового виконання рішень; 4) у зв'язку з розвитком реєстраційного законодавства, самостійним окресленням процедур реєстрації прав та фактів у спеціально створених для цього реєстрах, доцільним виглядає виокремлення самостійного прояву юридичної сили нотаріального акта – його реєстраційної сили; 5) законодавство повинне передбачати обов'язок нотаріуса повідомляти боржника про вчинений виконавчий напис. Обов'язковість виконавчого напису як прояву його юридичної сили повинна виникати з моменту повідомлення боржника про вчинений виконавчий напис.

До рубрики “Нотаріальний процес з іноземним елементом” увійшла стаття вченого та практика Є. Фурси “Предмет оскарження діяльності або бездіяльності консула при вчиненні нотаріальних дій: актуальні питання”. У ній підбито підсумок тривалої дискусії щодо порядку оскарження нотаріальних дій, вчинених консулом України. Так, вважається неприпустимим обмеження прав громадян та юридичних осіб у виборі способу захисту власних прав, порушених консулом при вчиненні нотаріального провадження, тому норми законодавства на предмет визначення і конкретизації адміністративного та судового способів захисту таких прав потребують удосконалення. При цьому сучасна концепція захисту таких прав має спиратися на положення про те, що права особи можуть бути порушені консулом його незаконними діями, бездіяльністю, коли він мав вчинити нотаріальну дію, нотаріальним актом і його постановою.

*За редакцією
координаторки актуальної теми
“Інститут нотаріату у національній правовій доктрині”,
докторки юридичних наук, професорки, заслуженої юристки України,
почесної членкині Польської академії наук (Люблінське відділення),
професорки кафедри нотаріального, виконавчого процесу
та адвокатури, прокуратури, судоустрою Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
СВІТЛАНИ ФУРСИ*