



Тетяна Бордюг

аспірантка кафедри державно-правових та галузевих правових дисциплін Київського університету права Національної академії наук України (Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3300-8653>
tatiana.bordiug@gmail.com

УДК 347.961

ТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ ЩОДО ФОРМУЛЮВАННЯ ЗАГАЛЬНИХ І СПЕЦІАЛЬНИХ ПРАВИЛ ВЧИНЕННЯ НОТАРІАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА УЧАСТЮ ДІТЕЙ

АНОТАЦІЯ. Розвиток та ускладнення нотаріальних правовідносин поставило на порядок денний питання про реформування нотаріального законодавства, яке нині викладене безсистемно, а тому потребує кодифікації. Проте для реалізації цього завдання необхідні насамперед теоретичні напрацювання щодо виокремлення та систематизації існуючих, а також розроблення нових загальних і спеціальних правил вчинення нотаріальних проваджень. Окрім цього, участь дітей у нотаріальному провадженні досі залишається практично не врегульованою, що спричинює потребу у відповідних наукових дослідженнях.

Мета статті полягає у тому, щоб напрацювати теоретичні концепції для врегулювання невирішених питань щодо вчинення нотаріальних проваджень за участю дітей. Це має сприяти конкретизації повноважень законних представників, забезпечити можливість дітей брати участь у нотаріальному провадженні особисто, запровадити субпредставництво дітей у нотаріальному процесі адвокатом, а також встановити коло правочинів, у яких потрібна згода органів опіки та піклування, щоб усі інші могли вчинятися безперешкодно і без ускладнень без такої згоди.

Авторка досліджує різні питання участі дітей у нотаріальному провадженні та представництва їхніх інтересів, а також участі органів опіки та піклування у вчиненні правочинів за участю дітей. Обґрунтовано, що у разі звернення батьків як законних представників дітей до нотаріуса, дієздатність батьків і повноваження на укладення правочину від імені дітей визначається й обмежується згодою органів опіки та піклування. Доведено, що у випадках, коли за вчиненням правочину звертається неповнолітня особа, межі її дієздатності встановлюються також двома згодами: згодою батьків і дозволом органів опіки та піклування на вчинення пра-

© Тетяна Бордюг, 2020

вочину. Запропоновано внести зміни у законодавство, передбачивши можливість субпредставництва інтересів малолітніх дітей у нотаріальному провадженні адвокатом. Досліджено міжнародний досвід захисту та охорони прав дітей у нотаріаті.

Авторка дійшла висновків, що процедура заміни законного представника у нотаріальному процесі не передбачена законом, як це відбувається у цивільному процесі, що потребує законодавчого врегулювання. У випадку укладення правочинів щодо нерухомого майна чи інших нотаріально посвідчуваних правочинів іншими особами, відмінних від батьків дитини, а також при укладенні договорів на користь дітей, то згода органу опіки та піклування не повинна вимагатися.

Ключові слова: нотаріальне провадження; нотаріальна дія; малолітні особи; неповнолітні особи; діти; законне представництво; органи опіки та піклування.

Розвиток та ускладнення матеріальних і нотаріальних правовідносин поставило на порядок денний питання про реформування нотаріального законодавства, яке нині викладене безсистемно, а тому потребує кодифікації. Проте для реалізації цього завдання необхідні насамперед теоретичні напрацювання щодо виокремлення та систематизації існуючих, а також розроблення нових загальних і спеціальних правил вчинення нотаріальних проваджень. Окрім цього, участь дітей у нотаріальному провадженні досі залишається практично не врегульованою, що спричинює потребу у відповідних наукових дослідженнях. Тому актуальність теми дослідження обумовлена вирішенням цих важливих питань, що матиме позитивний вплив на розвиток теорії та практики нотаріального процесу.

Розробкою теорії нотаріального процесу в Україні займалися, зокрема: С. Фурса, Є. Фурса¹ та Є. Фурса (молодший)², В. Комаров і В. Баранкова³, О. Нікітюк, М. Бондарєва, Т. Кучер і С. Рабовська⁴, М. Дякович⁵, Я. Панталієнко⁶, досліджуючи нотаріальні процесуальні правовідносини та правовий статус їхніх суб'єктів, нотаріальні провадження, принципи та стадії нотаріального процесу тощо. При цьому С. Фурса та Є. Фурса відіграли ключову роль у становленні науки нотаріального процесу. С. Фурса приділяла увагу й участі неповнолітніх у нотаріальному провадженні, і захисту прав та інтересів малолітніх осіб у нотаріальному процесі⁷. Проте загальні та спеціальні правила вчинення нотаріальних дій із врахуванням особливостей, яких необхідно дотримуватися у випадках участі дітей, залишаються малодослідженими.

¹ С. Фурса та Є. Фурса, *Нотаріат в Україні. Загальна частина: навчальний посібник* (Вентурі 1999).

² С. Фурса (заг ред.), *Теорія нотаріального процесу: науково-практичний посібник* (Алерта, Центр учбової літератури 2012); С. Фурса (заг ред.), *Нотаріат України: кн 1: Організація нотаріату з практикумом: підручник* (3-тє вид, доповн і переробл, Алерта 2015).

³ В. Комаров та В. Баранкова, *Нотаріат в Україні: підручник* (Право 2011).

⁴ Фурса, 2012 (н 2).

⁵ М. Дякович, *Нотаріальне право України* (Алерта, ЦУЛ, КНТ 2009).

⁶ Я. Панталієнко, 'Процедура вчинення нотаріальних проваджень' (авторєф дис канд юрид наук, 2010).

⁷ Фурса, 2012 (н 2) 130–1.

Мета дослідження полягає у тому, щоб напрацювати теоретичні концепції для врегулювання невирішених питань щодо вчинення нотаріальних проваджень за участю дітей. Це має сприяти конкретизації повноважень законних представників, забезпечити можливість дітей брати участь у нотаріальному провадженні особисто, запровадити інститут субпредставництва дітей у нотаріальному процесі адвокатом, а також встановити коло правочинів, у яких потрібна згода органів опіки та піклування, щоб усі інші могли вчинятися безперешкодно і без ускладнень без такої згоди.

Як слушно зазначається у юридичній літературі, при вчиненні нотаріальних дій за участю дітей, зокрема неповнолітніх, нотаріус повинен дотримуватися не лише Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)⁸, а й Сімейного кодексу України (далі – СК України)⁹, не лише Закону України “Про нотаріат” (далі – Закон про нотаріат)¹⁰, а й Закону України “Про охорону дитинства”¹¹ та інших нормативно-правових актів, враховуючи всі матеріальні норми та дотримуючись процедури, а саме до загальних і спеціальних правил вчинення нотаріальних дій¹².

Я. Панталієнко, виділяючи загальні правила та правила вчинення окремих нотаріальних дій, які регламентують повноваження нотаріуса щодо вчинення нотаріальної дії (провадження), розглядає їх як невід’ємний елемент нотаріальної процедури¹³. С. Фурса, аналізуючи нотаріальну процесуальну форму, дійшла висновку, що єдині правила нотаріального діловодства, загальні та спеціальні правила вчинення нотаріального процесу та правила вчинення окремих груп нотаріальних проваджень, об’єднаних за характерними ознаками, є складовими нотаріальної процесуальної форми, яка, зі свого боку, є невід’ємним основним елементом нотаріальної діяльності¹⁴.

Проте це загальнотеоретичні погляди на нотаріальну проблематику, тоді як загальні правила вчинення нотаріальних дій викладені у Законі про нотаріат¹⁵ та Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Порядок)¹⁶. У доктрині нотаріального процесу неодноразо-

⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 20.08.2020).

⁹ Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>> (дата звернення: 20.05.2020).

¹⁰ Про нотаріат: Закон України у редакції від 4 лютого 2019 р. № 3425-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#0456>> (дата звернення: 27.08.2020).

¹¹ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>> (дата звернення: 27.08.2020).

¹² С. Фурса (заг ред), *Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: науково-практичний посібник з інформаційним додатком на лазерному носії, кн 1* (Видавець Фурса С Я 2005) 96.

¹³ Панталієнко (н 6) 9.

¹⁴ С. Фурса, ‘Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні’ (автореф дис докт юрид наук, 2003) 33.

¹⁵ Про нотаріат (н 10).

¹⁶ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: наказ Міністерства юстиції від 22 лютого 2012 р. № 296/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text>> (дата звернення: 27.08.2020).

во критикувалося їхнє регламентування законодавцем. Так, С. Фурса¹⁷ та Я. Панталієнко¹⁸ вважають, що, зокрема, видача дубліката документа, а також витребування відомостей, необхідних для вчинення нотаріальних дій, не відносяться до загальних правил вчинення нотаріальних дій. Таку позицію слід визнати обґрунтованою і послідовною, коли такі загальні правила вчинення нотаріальних дій, як щодо реєстрації нотаріальних дій (ст. 52 Закону про нотаріат), вчинення посвідчувальних написів та видачі свідоцтв (ст. 48 Закону про нотаріат), вимоги до документів, які подаються для вчинення нотаріальних дій (ст. 47 Закону про нотаріат), було запропоновано С. Фурсою об'єднати в одне із загальних правил і дати йому назву “нотаріальне діловодство”¹⁹.

Розглянемо концепції вчених-цивілістів у контексті спрямування нотаріальних послуг на вирішення існуючих проблем з охороною і захистом прав неповнолітніх дітей. Так, вчені визначають істотні проблеми з емансипацією неповнолітніх, але їхня позиція зводиться лише до встановлення критеріїв доцільності такої емансипації, наслідків її впровадження²⁰, але не механізмів визначення таких питань при безпосередньому наданні батьками та повноважними органами згоди на емансипацію, а також щодо розширення способів фіксації емансипації. Авторка вважає, що питання, пов'язані з набуттям більшого обсягу дієздатності, можуть фіксуватися у нотаріальному порядку, зокрема за допомогою посвідчення згоди батьків на реєстрацію дитини як підприємця (абзац 2 ч. 3 ст. 35 ЦК України²¹) тощо. Вважаємо, що потенціал нотаріального процесу поки що мало задіяний.

Зокрема, ми підтримуємо позицію Я. Панталієнко щодо можливості запровадження нотаріальних послуг за викликом²², але пропонуємо розширити межі повноважень нотаріусів при посвідченні правочинів за участю малолітніх і неповнолітніх осіб. У такому випадку нотаріус матиме змогу, можливо, навіть краще з'ясувати обставини справи та запропонувати якнайкращий вид правочину, який максимально відповідатиме інтересам осіб. А при вчиненні нотаріальних дій вдома нотаріус навіть матиме змогу поспілкуватися із самими дітьми, зокрема у віці від 10 років, і, врахувавши їхні побажання, очікування, побачити їх житлові умови та забезпеченість необхідним для розвитку та життєдіяльності, що може стати додатковою гарантією дотримання прав дітей, а також надати консультацію батькам чи особам, що їх замінюють,

¹⁷ Фурса (н 14) 28.

¹⁸ Фурса, 2012 (н 2) 479.

¹⁹ Фурса (н 14) 28.

²⁰ Н Дьячкова та Є Кугот, ‘Емансипація неповнолітніх за цивільним законодавством України’ (2012) 3 Право і Безпека 297–301.

²¹ Цивільний кодекс України (8).

²² Фурса, 2012 (н 2) 490.

запропонувати той вид правочину, який найбільше відповідатиме обставинам справи та найкраще врахує інтереси дітей тощо.

У зв'язку з цим можна рекомендувати посвідчувати договори між батьками про визначення місця проживання дитини в тому приміщенні, де за договором передбачається місце проживання дитини у подальшому. У такому разі нотаріус зможе пересвідчитися у тому, що для дитини будуть створені належні умови для проживання і розвитку.

Наступне питання, яке варто розглянути у контексті участі малолітніх і неповнолітніх дітей у нотаріальному процесі – це установлення особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії. Як слушно зазначають С. Фурса та Я. Панталієнко, будь-яке нотаріальне провадження має розпочинатися зі встановлення особи, а вже потім проводиться встановлення дієздатності особи та мети її звернення; це необхідно тому, що така перевірка дасть можливість встановити особисті інтереси кожного із суб'єктів, а також наявність інших заінтересованих осіб²³, а вже після встановлення особи нотаріус має поставити питання про те, чи діє вона у власних інтересах, чи є представником.

Як відомо, дитина у віці до 14 років за чинним законодавством не може самостійно звернутися до нотаріуса та бути заявником. Тому за неї її права та обов'язки здійснюють батьки чи інші законні представники. Установлення особи батьків чи інших законних представників здійснюється у загальному порядку, передбаченому ст. 43 Закону про нотаріат.

Відповідно до ст. 21 Закону України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус»²⁴ паспорт громадянина України із 2016 р. отримується по досягненню віку 14 років. Ці зміни в законодавство слід вважати позитивними, оскільки такий підхід є логічним з огляду на те, що саме із 14 років діти можуть брати особисту участь у правовідносинах. Із цих міркувань С. Фурса ще у 2003 р. говорила про те, що потрібно або видавати дітям паспорт у 14 років, або вклеювати з цього віку фото у свідоцтво про народження²⁵. Вважаємо, що видача паспорта із 14 років є оптимальним рішенням. Таким чином, тепер особа неповнолітніх також може встановлюватися за паспортом громадянина України. Проте, здається, що ці зміни наразі ще не знайшли свого відображення у нотаріальному законодавстві, що потребує виправлення.

При цьому варто зауважити, що у наш час малолітні діти можуть мати паспорт для виїзду за кордон у значно меншому віці, ніж навіть 14 років. Звісно, не можна говорити про наявність у всіх дітей закор-

²³ Фурса, 2012 (н 2) 496–7.

²⁴ Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20 листопада 2012 р. № 5492-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17>> (дата звернення: 30.08.2020).

²⁵ Фурса (н 14) 28.

донних паспортів як про загальне правило. Проте все-таки такі випадки все частіше трапляються. А тому особа неповнолітніх дітей також може встановлюватися за паспортом громадянина України для виїзду за кордон, що варто передбачити у нотаріальному законодавстві.

С. Фурса та Я. Панталієнко вказують на те, що найскладніше питання для нотаріуса – це визначення обсягу дієздатності фізичних осіб, оскільки тут може бути декілька підходів: медичний та юридичний²⁶. Ми підтримуємо позицію вчених щодо того, що нотаріус не зобов'язаний медично встановлювати здатність особи усвідомлювати свої дії, оскільки він не є фахівцем у галузі психіатрії, а надання довідок в обов'язковому порядку не передбачено законодавством (а лише у разі потреби) та не є і доцільним для всіх громадян. Водночас посвідчення договору за участю особи, яка не усвідомлювала значення своїх дій, має певні правові наслідки (статті 225, 226 ЦК України), тому переоцінити значення цієї обставини в правовому контексті дуже складно. Отже, слід визнати вік дитини у 14 років граничним, оскільки з цього віку починається відлік можливості безпосередньо укладати договір, але за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника (ч. 2 ст. 33 ЦК України), однак щодо транспортних засобів або нерухомого майна додатково потрібен дозвіл органу опіки та піклування.

Проте законодавець при регламентуванні повноважень батьків та органів опіки і піклування виявляє певну непослідовність, оскільки у ч. 4 ст. 32 ЦК України надає більшого правового значення дозволу органу опіки та піклування порівняно із запереченнями того з батьків (усиновлювачів), з яким проживає неповнолітня особа. На нашу думку, більшу турботу про дітей виявляють батьки, тому положення ч. 4 ст. 32 ЦК України не можна визнати обґрунтованим, оскільки в такій ситуації наявний спір, який має вирішувати суд.

Безпосередньо аналізуючи положення ЦК України і нотаріальну практику його застосування, ми можемо дійти висновку, що органи опіки та піклування надають, як правило, безпредметну згоду на посвідчення правочинів, оскільки у відповідному дозволі зазначають тільки вид договору. За наявними в авторки відомостями доволі часто батьки беруть участь у посвідченні договору, знайомляться з його умовами і лише після цього надають дозвіл на його посвідчення. Тому надавати переваги дозволу органу опіки та піклування на посвідчення правочину перед згодою батьків здається не логічним і не раціональним. Ба більше, на нашу думку, органи опіки та піклування має ознайомлюватися з умовами договору і лише після цього надавати відповідний дозвіл, який і має посвідчуватися нотаріусом.

²⁶ Фурса, 2012 (н 2) 498.

До цього положення варто додати, що нотаріус може мати власну позицію щодо доцільності неповнолітній особі посвідчувати чи ні правочин на передбачених у договорі умовах. Але у нотаріуса немає повноважень висловити свою позицію щодо перспектив виконання умов договору у подальшому, тих наслідків, які виникнуть у дитини, тощо. З формального боку, у разі вчинення правочинів щодо майна дитини, які потребують нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації, відповідно до п. 3 глави 1 розділу II Порядку, нотаріус при посвідченні правочинів за участю дітей перевіряє наявність дозволу органу опіки та піклування на укладення таких правочинів²⁷. Окрім цього, на вчинення одним із батьків правочинів щодо транспортних засобів і нерухомого майна малолітньої дитини повинна бути згода другого з батьків, справжність підпису на якій засвідчується нотаріально²⁸.

На підставі цього можемо говорити про те, що у разі звернення батьків як законних представників, їхня дієздатність і повноваження на укладення правочину від імені дітей визначаються й обмежуються лише формальною згодою органів опіки та піклування. У разі, якщо заявником буде один із батьків, то його повноваження і дієздатність в укладенні такого правочину визначатимуться та обмежуватимуться ще й наявністю письмової згоди іншого з батьків, що має виражатися у документі з нотаріально засвідченим підписом.

Однак законодавством передбачені випадки, коли один із батьків проживає окремо від дитини протягом не менше шести місяців, не бере участі у вихованні та утриманні дитини або місце його проживання невідоме, тоді правочини щодо нерухомого та цінного рухомого майна дітей можуть бути вчинені без його згоди. Водночас у роз'ясненні Міністерства юстиції України про "Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб" зазначається, що на підтвердження цих фактів нотаріусу має бути надано рішення суду²⁹. Проте перелічені факти у сукупності можуть кваліфікуватися судом як підстава для позбавлення батьківських прав або визнання особи безвісно відсутньою, а окремо, на нашу думку, вони судом встановлюватися не повинні.

Порядком також встановлено, що у разі наявності сумнівів щодо обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, нотаріус зобов'язаний звернутися до органу опіки та піклування для встановлення факту відсутності опіки або піклування над такою фізичною особою³⁰. Але щодо

²⁷ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (н 16).

²⁸ Там само.

²⁹ Особливості правового регулювання посвідчення правочинів щодо нерухомого майна за участю малолітніх та неповнолітніх осіб: роз'яснення Міністерства юстиції України від 22 серпня 2011 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nr000323-11>> (дата звернення: 27.08.2020).

³⁰ Там само.

неповнолітньої особи не йдеться про можливість виникнення сумнівів, оскільки якщо 14-річна дитина не надасть документи, що підтверджують наявність усіх необхідних дозволів, то це буде свідчити про відсутність необхідної дієздатності на вчинення конкретного правочину, а тому нотаріус не звертається до органів опіки та піклування, а має відмовити у посвідченні правочину, вчинюваного такою неповнолітньою особою.

Законодавством також передбачені випадки перевірки цивільної дієздатності особи, яка не досягла 18 років, але може бути визнана такою, що має повну цивільну дієздатність у зв'язку з укладенням шлюбу, народженням дитини, реєстрацією підприємцем, укладенням трудового договору. У разі перевірки цивільної дієздатності такої фізичної особи нотаріус витребує документи, що підтверджують відповідні юридичні факти (п. 3 глави 4 Порядку).

Як прийнято вважати, повна цивільна дієздатність, згідно з ч. 5 ст. 35 ЦК України, зберігається за такою особою навіть у разі, коли ця особа припинить трудовий договір, підприємницьку діяльність чи розірве шлюб до досягнення повноліття. Тому ми підтримуємо позицію, відповідно до якої правочини надалі повинні вчинятися такою особою і без згоди піклувальника³¹. Але у такому разі постає запитання: як нотаріусу перевірити наявність такої дієздатності? Вбачається, що у підтвердження емансипації неповнолітнім може бути надано трудовий договір, що припинив чинність, чи трудову книгу із відповідним записом про звільнення, свідоцтво про розірвання шлюбу, а факт зайняття підприємницькою діяльністю, яка була припинена, нотаріус так само може встановити в електронній формі через безпосередній доступ до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

Проте авторка вважає, що такі докази прямими і допустимими вважати не можна, оскільки для забезпечення нотаріальної форми потрібні або адміністративні, або нотаріальні акти. В останньому випадку слід вважати допустимим доказом договір між батьками про надання дозволу на підприємницьку діяльність дитини або нотаріально засвідчену згоду батьків на таку діяльність. На нашу думку, договір про надання дозволу дитині на підприємницьку діяльність може містити не тільки формальну згоду батьків, а й умови реалізації дитиною підприємницької діяльності, її матеріальне забезпечення батьками, зокрема, так званим стартовим капіталом, умови отримання і використання дивідендів тощо.

Не менш важливим вважаємо питання установлення намірів дітей вчинити конкретний правочин. Якщо замість малолітніх дітей у посвідченні договору беруть участь їхні законні представники, які мають певний життєвий досвід, і при цьому необхідна згода органів опіки та

³¹ Фурса (н 12) 99.

підкування, то при посвідченні договору з неповнолітньою дитиною нотаріус може потенційно опинитися з нею сам на сам, коли вона надасть відповідні згоди у встановленій формі. Така ситуація формально означатиме, що правомірність вчинення такого правочину вже була перевірена батьками й органами опіки та підкування, але реально ні.

Отже, важливе значення у нотаріальній діяльності може мати посвідчення договорів, коли нотаріус буде зобов'язаний роз'яснювати безпосередньо неповнолітній особі правові аспекти посвідчуваного договору, щоб її юридична необізнаність не була використана їй на шкоду (ст. 5 Закону про нотаріат), а потім з'ясувати дійсність її волі. Вважаємо, що в такій ситуації відповідальність нотаріуса збільшуватиметься, зокрема, за фіксування дійсної волі такої особи, за якість складеного ним проекту договору щодо рівності прав сторін договору тощо. Важко собі уявити “картину”, коли однією зі сторін договору буде неповнолітня особа з усіма формальними дозволами на його посвідчення, а з другого – повнолітня особа з адвокатом, який вимагатиме внесення змін до умов договору на користь сторони, інтереси якої він представляє. При цьому нотаріус не повинен висловлювати свою думку щодо таких умов, оскільки це свідчитиме про його упередженість і необ'єктивність.

Тому авторка вважає, що нотаріус при нотаріальному посвідченні договору за участю неповнолітньої особи може визнати необхідною участь її представника. Вважаємо, що така пропозиція зможе застерегти від випадків укладання договорів унаслідок помилки, коли помилкою слід визнати самовпевненість неповнолітніх і недосвідчених дітей самотійно укладати важливі договори.

При цьому варто виділяти ті правочини, які не несуть для неповнолітніх істотного ризику, оскільки у посвідченні договору не беруть участь сторони з протилежними матеріальними інтересами. Тобто мається на увазі, що помилка в оцінці вартості договору з боку неповнолітньої особи йде на користь іншої сторони. Так само, в договорі можуть бути невігідні для неї умови. Тому такі нотаріальні дії, як засвідчення правильності копій документів і виписок із них, справжності підпису на документах, правильності перекладу документів з однієї мови на іншу, посвідчення часу пред'явлення документа неповнолітні можуть вчиняти самотійно.

Отже, важко погодитися з тим, що посвідчення факту, що неповнолітній є живим, провадиться на прохання його законних представників (батьків, усиновителів, опікуна або піклувальника), а посвідчення факту перебування у певному місці неповнолітнього, на підставі положень ст. 81 Закону про нотаріат, – на прохання його законних представників (батьків, усиновителів, опікуна або піклувальника). На підтвердження зазначених обставин нотаріус видає заінтересованим особам відповідне

свідоцтво³². Коли особу неповнолітнього можна встановити на підставі безспірного документа і вона здатна оплатити нотаріальну дію, то для встановлення відповідного факту вважаємо заяву або згоду батьків зайвою. У такій ситуації нотаріус здатен охороняти інтереси неповнолітнього, зокрема й у разі посвідчення одностороннього правочину, але за наявності згоди батьків та органів опіки й піклування.

У теорії нотаріального процесу С. Фурсою, а також Я. Панталієнко вже порушувалося питання про те, що певні правила, які нині віднесені законодавцем до загальних, повинні бути винесені в окремий розділ про ускладнення, які виникають у нотаріальному провадженні (як, наприклад, оскарження, відкладення нотаріального провадження)³³. Авторка вважає за необхідне розглянути це питання під кутом зору охорони та захисту інтересів неповнолітніх.

Відмова у вчиненні нотаріальних дій, яка вважається ускладненням, що трапляється на стадії підготовки до вчинення нотаріальної дії та є припиненням розвитку нотаріального процесу, у провадженнях за участю малолітніх і неповнолітніх здійснюється на загальних підставах, тобто з підстав недотримання об'єктивних і суб'єктивних умов вчинення нотаріального провадження, що визначені у ст. 49 Закону про нотаріат³⁴. На нашу думку, до цих умов варто додати й випадки відкладення вчинення нотаріальних дій.

У випадках вчинення нотаріальних дій за участю дітей ускладнення часто можуть бути пов'язані з відкладенням вчинення нотаріальної дії для того, щоб отримати дозвіл органів опіки та піклування на вчинення правочину за участю малолітніх і неповнолітніх осіб, а також у зв'язку з необхідністю здійснення заміни законного представника дитини, якщо нотаріусом виявлено, що недобросовісний законний представник діє всупереч інтересам дитини (питання щодо заміни законного представника буде розглянуте нами детальніше далі). Крім того, ми вважаємо необхідним визнати право однієї зі сторін договору взяти перерву для продумування умов договору, особливо істотних, як і право відмовитися від посвідчення договору на будь-якій стадії вчинення нотаріального провадження.

Відповідно, ці всі випадки повинні знайти своє законодавче відображення у правилах вчинення нотаріальних дій у розділі про ускладнення у нотаріальних провадженнях, де вони будуть детально регламентовані законом.

При цьому вважаємо необхідним особливу увагу у нотаріальному процесі приділити представництву інтересів дітей з урахуванням їхньо-

³² Про нотаріат (н 10).

³³ Фурса, 2012 (н 2) 479.

³⁴ Там само 379.

го правового статусу, що обумовлюється віком, а також із визначенням інтересів батьків та дітей тощо. Так, варто звернути увагу на те, що відповідно до п. 3.4 Порядку нотаріус не приймає для посвідчення правочин, який укладається від імені малолітньої дитини представником батьків (усиновлювачів) або одного з них³⁵. Таким чином, субпредставництво малолітніх у нотаріальному провадженні обмежується, а точніше взагалі виключається. Проте вбачається, що таке положення не сприяє належній реалізації та охороні прав та обов'язків малолітніх осіб у випадку, коли таке субпредставництво буде здійснюватися адвокатом. Тобто у підзаконному акті обмежується право батьків на передачу повноважень з охорони прав їхніх дітей більш компетентному в правовому сенсі представнику, але для цього мають бути законні підстави. Тому ми пропонуємо внести зміни у це положення, передбачивши можливість субпредставництва інтересів малолітніх дітей у нотаріальному провадженні, зокрема адвокатом.

Дійсно, інтереси представників та довіритель можуть не збігатися, що може бути виявлено в процесі посвідчення договору. Наприклад, у разі укладання неповнолітніми дітьми не вигідного для них договору, потенційно можливою може стати відповідальність батьків. Але це не означає, що батьки не повинні давати безпредметну згоду на посвідчення договору неповнолітніми, а мають впевнитися, що така згода не загрожуватиме інтересам дитини, ні несе небезпеки для них тощо. Для порівняння, слід звернути увагу на положення ч. 2 ст. 59 Цивільного процесуального кодексу України³⁶, де акцентується увага на тому, що права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб віком від 14 до 18 років можуть захищати у суді, відповідно, їхні батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Тобто слово “можуть” означає, що неповнолітні мають право захищати свої інтереси й особисто, але не в усіх справах.

У нотаріальному процесі при дачі згоди на посвідчення договору неповнолітньої особою батьки не можуть розцінюватись як законні представники особи, оскільки вони не заміщують неповнолітнього в договорі, якщо інше не впливає з відносин неповнолітнього і його батьків та не встановлено у самому договорі.

Тому питання представництва інтересів дітей у нотаріальному та цивільному процесі можна визнати подібними, але з певними застереженнями. Також варто звернути увагу на те, що процедура заміни законного представника у нотаріальному процесі не передбачена законом, як у цивільному процесі. Але, на наше переконання, доцільно було б закріпити таку можливість. Зрозуміло, що сама процедура буде дещо іншою, аніж

³⁵ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (н 16).

³⁶ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 20.08.2020).

у цивільному процесі, оскільки нотаріус не має повноважень відсторонити недобросовісного представника від участі у нотаріальному провадженні, як суддя. Тому у таких випадках ця функція повинна здійснюватися органами опіки та піклування, які або за результатами власного безпосереднього моніторингу, або за зверненням нотаріуса чи самої малолітньої особи будуть замінювати недобросовісних законних представників. В останньому випадку нотаріус має відкласти вчинення нотаріальної дії та звернутися до органу опіки й піклування для вирішення питання заміни законного представника дитини, який діє недобросовісно.

Якщо ж батьки діють в нотаріальному або цивільному процесі всупереч інтересам власної дитини, питання має розглядатися значно ширше і, можливо, з урахуванням інших обставин слугувати підставою для позбавлення їх батьківських прав.

Так само важко визнати органи опіки та піклування законними представниками інтересів дітей у нотаріальному процесі. Зокрема, вони, як правило, лише надають попередній дозвіл, необхідний для вчинення будь-яких правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти (на підставі ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей»³⁷, ст. 32 ЦК України, ст. 177 СК України). При цьому Верховний Суд у справі від 20 березня 2019 р. № 1612/2343/12 дійшов висновку, що у випадку укладення правочинів щодо нерухомого майна чи інших нотаріально посвідчуваних правочинів іншими особами, відмінними від батьків дитини, згода органу опіки та піклування буде не потрібна³⁸.

На підставі цього вбачається, що у випадку набуття прав на майно або доходи дитиною згода органу опіки та піклування на вчинення нотаріальної дії щодо посвідчення цього правочину не потрібна. Інша річ, коли батьки укладатимуть договір про компенсацію аліментів на дитину із нерухомого або іншого майна, згода органу опіки та піклування необхідна, оскільки у разі свідомого завищення вартості майна можуть постраждати інтереси дитини тощо.

Висновки. У результаті проведеного дослідження було проаналізовано, що питання встановлення особи у віці від 14 до 16 років залишається законодавчо не визначеним, а тому нами зроблено пропозиції щодо удосконалення законодавства з цього питання. Проблемним слід визнати питання щодо системного визначення у законодавстві про нотаріат питань представництва інтересів дітей, ускладнень у нотаріальному процесі, коли в ньому бере участь дитина, тощо. Вважаємо також, що

³⁷ Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей: Закон України від 2 червня 2005 р. № 2623-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2623-15>> (дата звернення: 20.08.2020).

³⁸ А Кірюшин, «Згода органу опіки на продаж житла у якому зареєстрована дитина, але яке не належить її батькам, НЕ ПОТРІБНА (ВС/КЦС № 1612/2343/12 від 20.03.2019)» <https://protocol.ua/ua/vs_ktss_zgoda_organu> (дата звернення: 24.08.2020).

є недостатнім формальне надання згоди з боку батьків та органів опіки й піклування на посвідчення договору неповнолітніми, коли ними зміст договору безпосередньо не перевіряється.

При цьому неприпустимим розцінюється положення ч. 4 ст. 32 ЦК України, де надається більшого правового значення і переваг дозволу органу опіки та піклування, порівняно із запереченнями того з батьків (усиновлювачів), із яким проживає неповнолітня особа. В інтересах дитини такий спір має вирішуватися судом.

Встановлено, що субпредставництво малолітніх у нотаріальному провадженні обмежується, а точніше взагалі виключається. Тому нами запропоновано внести зміни у законодавство, передбачивши можливість субпредставництва інтересів також і малолітніх дітей у нотаріальному провадженні адвокатом.

Проаналізовано, що процедура заміни законного представника у нотаріальному процесі не передбачена законом, як це зроблено у цивільному процесі. Відповідно, було запропоновано порядок здійснення такої заміни та визначено правові наслідки, коли батьки діють проти інтересів власної дитини.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Komarov V ta Barankova V, *Notariat v Ukraini: pidruchnyk* (Pravo 2011) (in Ukrainian).
2. Diakovych M, *Notarialne pravo Ukrainy* (Alerta, TsUL, KNT 2009) (in Ukrainian).
3. Fursa S ta Fursa Ye, *Notariat v Ukraini. Zahalna chastyna: navchalnyi posibnyk* (Venturi 1999) (in Ukrainian).

Edited books

4. Fursa S (zah red), *Simeine pravo: Notariat. Advokatura. Sud: naukovo-praktychnyi posibnyk z informatsiynym dodatkom na lazernomu nosii, kn 1* (Vydavets Fursa S Ya 2005) (in Ukrainian).
5. Fursa S (zah red), *Teoriia notarialnoho protsesu: naukovo-praktychnyi posibnyk* (Alerta, Tsentr uchbovoi literatury 2012) (in Ukrainian).
6. Fursa S (zah red), *Notariat Ukrainy, kn 1: Orhanizatsiia notariatu z praktykumom: pidruchnyk* (3-tie vyd, dopovn i pererobl, Alerta 2015) (in Ukrainian).

Journal articles

7. Diachkova N ta Kuhot Ye, 'Emansypatsiia nepovnoolitnikh za tsyvilnym zakonodavstvom Ukrainy' (2012) 3 Pravo i Bezpeka 297–301 (in Ukrainian).

Theses

8. Fursa S, 'Teoretychni osnovy notarialnoho protsesu v Ukraini' (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2003) (in Ukrainian).

Тетяна Бордюг

9. Pantaliienko Ya, 'Protsedura vchynennia notarialnykh provadzhen' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2010) (in Ukrainian).

Websites

10. Kiriushyn A, 'Zghoda orhanu opiky na prodazh zhytla u yakomu zareiestrovana dytyna, ale yake ne nalezhyt yii batkam, NE POTRIBNA (VS/KTsS № 1612/2343/12 vid 20.03.2019)' <https://protocol.ua/ua/vs_ktss_zghoda_organu> (accessed: 24.08.2020) (in Ukrainian).

Tetiana Bordiuh

THEORETICAL APPROACHES TO FORMULATE THE GENERAL
AND SPECIAL RULES OF NOTARY PROCEEDINGS INVOLVING
CHILDREN

ABSTRACT. The development and the complication of notarial legal relations put on the agenda the issue of reforming notarial legislation, which is now presented haphazardly, and therefore requires codification. However, for the implementation of this task, first, theoretical developments are needed regarding the selection and systematization of existing ones, as well as the development of new general and special rules for the performance of notary proceedings. In addition, the participation of children in notary proceedings is still practically unregulated, which causes the need for relevant scientific research.

The purpose of the study is to develop theoretical concepts for resolving unresolved issues related to notary proceedings with children, which should help specify the powers of legal representatives, provide children with the opportunity to participate in notary proceedings in person, introduce sub-representation of children in the notarial process and also to establish a range of transactions that require the consent of the guardianship and custody bodies, so that all others that don't need such consent could be committed without hindrance and without complications.

The author explores various issues of children's participation in notary proceedings and representation of their interests, as well as the participation of guardianship and custody bodies in the commission of transactions involving children. It is substantiated that in case of parents' application to the notary as legal representatives of children, the legal capacity of parents and the authority to enter into a transaction on behalf of children is determined and limited by the consent of guardianship and custody bodies. It is proved that in cases when a minor applies for a transaction, the limits of his legal capacity are also set by two consents: the consent of the parents and the permission of the guardianship and custody bodies to commit the transaction. It is proposed to make changes in the legislation, providing for the possibility of sub-representation of the interests of young children in notary proceedings by a professional lawyer. The international experience in protection of children's rights in notary proceedings was also studied.

The author concluded that the procedure of replacement of the legal representative in the notarial process is not provided by law, as in civil proceedings, which requires legislative regulation. In the case of real estate transactions or other notarized transactions by persons other than the child's parents, as well as when concluding contracts for the benefit of children, the consent of the guardianship and custody bodies should not be required.

KEYWORDS: notary proceedings; notarial acts; minors; children; legal representation; guardianship and custody bodies.