

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.10.05>**Юрій Опанащук,**

здобувач

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака

Національної академії правових наук України

## ПАРАДИГМАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО СУТНОСТІ НОТАРІАЛЬНОГО ПОСВІДЧЕННЯ ПРАВОЧИНІВ

У статті здійснюється комплексне дослідження основоположних підходів вітчизняних вчених до виокремлення парадигмальних сутнісних ознак багатовекторної діяльності вітчизняних нотаріусів, пов'язаної з посвідченням чинності правочинів у цивільно-правовому обігу, оскільки впродовж останніх десятиліть у науці та на практиці триває насичена дискусія з приводу правової природи нотаріату та його ролі у захисті прав людини і громадянина. Автором аналізуються загальні уявлення та розуміння основних функцій, що їх виконує нотаріат на сучасному етапі розвитку та трансформації громадянського суспільства в Україні. Констатовано, що у радянський період нашої історії нотаріат, на жаль, не відігравав помітної ролі у житті громадянського суспільства і мав здебільшого номінальний характер. Водночас розглядаються останні тенденції оптимізації процедурних аспектів фактичного здійснення нотаріусами своїх повноважень у разі, коли сторони з тих чи інших підстав уникають чи не мають змоги звернутися за оформленням укладених угод до органів нотаріату, а також вивчаються наслідки таких дій (бездіяльності). Сформульовані власні пропозиції щодо оновлення чинних нормативно-правових актів у сфері нотаріату, оскільки ефективна правова регламентація цього інституту є однією з невід'ємних атрибутивних передумов забезпечення стійкості та стабільності правової системи та економічного розвитку суспільства загалом. Зважаючи на відсутність комплексних монографічних видань у даній сфері, автором констатується, що фокусування уваги науковців на досліджуваних у цій статті питаннях набуває особливої ваги в сучасних умовах, оскільки назріла нагальна необхідність привести українське законодавство, положення вітчизняної науки та правозастосовної практики у відповідність до міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини.

Зокрема, дане дослідження дозволяє автору згрупувати найбільш поширені науково-теоретичні підходи до визначення парадигмальної сутності досліджуваних відносин, а саме: 1) трансформаційний підхід, в рамках якого нотаріальне посвідчення правочинів є окремим способом додаткової фіксації форми укладених правочинів; 2) процедурний підхід, у рамках якого нотаріальне посвідчення правочину є не окремою формою їх укладення, а самостійною публічно-правовою процедурою; 3) комплексний підхід, у рамках якого нотаріальне посвідчення правочинів розглядається як сполучення норм цивільного права і процесуальних наук (цивільного процесу, виконавчого процесу, нотаріального провадження тощо).

**Ключові слова:** правочин, нотаріус, нотаріальне посвідчення, нотаріальна форма правочину.

**Постановка проблеми.** Нотаріальне посвідчення різного роду правочинів насамперед у сфері цивільного правової регламентації суспільних відносин, як фундаментальний інструмент індивідуального регулювання, зустрічається у всіх формах цивільного обігу. Ефективна правова регламентація цього інституту є одним зі складників забезпечення стійкості та стабільності економічного розвитку суспільства в цілому. Проте масштабні законодавчі трансформації, що останнім часом торкнулися усіх сфер життєдіяльності українського суспільства, не минули і нотаріату, фрагментарно оновивши окремі аспекти діяльності вітчизняних нотаріусів.

Процес цей потребує більш ґрунтовного наукового осмислення і відповідного напра-

цювання продуманих пропозицій з удосконалення юридичного механізму захисту прав та інтересів учасників цивільного обігу, а також ефективного державного контролю над нотаріальним посвідченням цілої низки правочинів. Акцентування уваги на цих питаннях набуває особливої ваги в сучасних умовах, оскільки назріла нагальна необхідність привести українське законодавство, положення вітчизняної науки та правозастосовної практики у відповідність до міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини. Усе вищеведене лише посилює актуальність проведеного нами дослідження.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.**

На окремих моментах досліджуваної проблематики була сфокусована увага таких нау-

ковців: Т. С. Андрущенко, М. В. Бондаревої, М. М. Дякович, О. С. Іоффе, В. В. Комарова, Н. П. Кухаревої, А. В. Лазебної, Р. А. Майданика, Я. П. Панталієнко, В. М. Пастернака, Я. М. Романюка, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. О. Стоян, С. Я. Фурси, В. Г. Чекіти, І. М. Череватенко та інших. Незважаючи на формальну згадку досліджуваного нами питання фактично у кожному підручнику з цивільного права та дотичних навчальних дисциплін, насправді, ґрунтовному висвітленню цього питання не приділяється достатньо уваги, що, на жаль, однаковою мірою стосується як дореволюційної, радянської, так і сучасної цивілістики. Питання оформлення волевиявлення розглядаються лише побічно, у межах дослідження інших, більш загальних питань з теорії правочинів.

Монографічні дослідження порядку нотаріального посвідчення правочинів відсутні, а спеціальна література обмежується порівняно рідкісними публікаціями у періодичних виданнях. Таким чином, як простежується із усього вищевказаного, ступінь розробки предмета нашого дослідження розчевидь недостатній. Тим більше, що у вітчизняній доктрині відсутній системний підхід до вивчення проблем оформлення волевиявлення, а накопичені наукові знання мають уривчастий характер.

**Постановка завдання.** Метою даного науково-теоретичного дослідження є аналіз та групування парадигмальних підходів до розуміння сутності нотаріального посвідчення правочинів у сучасних умовах розбудови правової держави в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Захист та забезпечення прав і свобод людини у правовій країні досягається не лише в результаті злагодженої діяльності органів державної влади, але й автономними інститутами громадянського суспільства, а також іншими утвореннями, яким держава делегує реалізацію частини своїх повноважень у певній формі. Як справедливо наголошує В. М. Пастернак, оскільки нотаріальному посвідченню угоди надається велике значення, таке посвідчення повинно відбуватися у суворо окреслених межах і здійснюватися лише особами, спеціально уповноваженими на це Законом України «Про нотаріат» [1, с. 216]. Дійсно, нотаріуси, з одного боку, є незалежними представниками держави, що наділені спеціальними повноваженнями на вчинення нотаріальних дій, з іншого боку, вони несуть особисту відповідальність за вчинення цих дій. Для будь-якого нотаріуса інтереси особи і держави у сфері цивільно-правового обігу є однаково важливими цінностями.

Нотаріально посвідчений правочин має відповідати всім вимогам, що ставляться до письмових правочинів, з одним винятком, як влучно зазначає Г. П. Кухарев, – посвідчення спеціально уповноваженою особою (нотаріусом, посадовими особами, консулами) відповідно до Закону України «Про нотаріат» та у зазначеному порядку [2, с. 301].

Проте впродовж тривалого часу проблема нотаріального обслуговування, що відповідало б цілям формування ринкової економіки та утвердженню демократичних цінностей господарювання, не могла бути вирішена у межах радянської системи державного нотаріату. Виникла нагальна необхідність у відродженні сутнісно нового інституту нотаріату, парадигмальні засади функціонування якого кардинально відрізнялися б від усталеної неефективної практики. Нотаріус має бути зацікавлений у результатах своєї праці, оскільки нестиме особисту відповідальність за законність вчинюваних ним нотаріальних дій і гарантує їх законність своїм страховим внеском та майном.

Реформування економічних відносин, становлення правової демократичної держави якісно вплинуло на реалізацію функцій нотаріату і стратегію його перетворення та розвитку. У процесі становлення ринкової економіки в Україні чи не вперше за багато років гостро постало питання про формування раціональної нотаріальної системи. У радянський період нашої історії нотаріат, на жаль, не відіграв помітної ролі у житті громадянського суспільства і мав здебільшого номінальний характер.

Натомість останнім часом забезпечення реальної економічної самостійності юридичних і фізичних осіб, поширення недержавної форми власності зробили необхідним створення такої нотаріальної системи, що дозволяє водночас захищати інтереси і особи, і держави. При цьому, як зазначає Я. П. Панталієнко, нотаріальна процедура має передбачати не тільки роз'яснення прав і обов'язків особи, попередження її про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб її юридична необізнаність не могла бути використана їй на шкоду, а й виявлення справжньої мети, якої бажає досягти особа внаслідок посвідчення цього договору. Для цього, на думку автора, нотаріус має роз'яснювати альтернативні способи розпорядження своєю власністю або уточнювати умови договору з урахуванням охорони прав особи так, щоб застерегти можливі випадки порушення її прав [3, с. 381].

У процесі здійснення цих функцій, продовжує ці міркування В. В. Комаров, реалізуються обов'язки нотаріуса консуль-

тувати сторони щодо можливих наслідків зобов'язань, які вони покладають на себе в межах правочину, що укладається. Нотаріус має також допомагати контрагентам викладати свої наміри у встановленій законом формі та досягати згоди в разі виникнення будь-яких протиріч, дотримуючись законних інтересів кожного клієнта, інакше кажучи, відігравати роль своєрідного арбітра та радника для того, щоб у процесі вчинення нотаріальної дії з'явився документ, що має законну силу і приводить до результатів, які очікувалися сторонами [4, с. 36].

Водночас окремі науковці штучно «примітивізують» роль нотаріуса у виконанні покладених на нього обов'язків. Так, В. Р. Марченко та І. В. Спасибо-Фатеева стверджують, що правочини, які посвідчуються нотаріально, відрізняються від інших правочинів, учинених без такого посвідчення, лише тим, що нотаріус здійснює на письмовому документі посвідчуваний напис [5, с. 211].

З таким підходом категорично не погоджується М. М. Дякович, котрий наголошує на тому, що нотаріальне посвідчення правочину – це жодним чином не формальність, яка виражається у нанесенні посвідчувального напису та проставленні гербової печатки нотаріуса. Нотаріальне посвідчення правочинів – це насамперед комплекс дій, які зобов'язані вчинити нотаріус, діючи від імені держави та в інтересах осіб, які до нього звернулись [6, с. 101].

Такий підхід простежується навіть у разі, коли функції нотаріуса виконують інші органи та посадові особи. Зокрема, це стосується процедури нотаріального посвідчення консулом договору, наприклад, між батьками про сплату аліментів на дитину. Згідно з переконливими міркуваннями В. Г. Чекіти, такій діяльності так само притаманні ознаки комплексності, адже в процесуальній формі діяльності консула реалізуються норми матеріального права щодо встановлення договірного регулювання аліментних зобов'язань; натомість нормативно встановлені Положенням про порядок вчинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України спеціальні правила охоплюють лише незначне коло питань, пов'язаних із посвідченням аліментних договорів, що здебільшого не враховують їх особливостей [7, с. 223-230].

За словами Я. М. Романюк, якщо сторони домовилися про нотаріальне посвідчення договору, щодо якого у законі це не передбачено, і одна зі сторін ухиляється від виконання цієї умови, договір не може бути визнаний судом дійсним, оскільки в такому

випадку він є не нікчемним, а не є укладеним. Такого висновку автор доходить у результаті аналізу ч. 2 ст. 639 ЦК України, відповідно до якої, якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для такого виду договорів не вимагалася [8, с. 37].

Відповідно до пункту 13 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 06 листопада 2009 року № 9, розглядаючи справи про визнання правочину дійсним, суд повинен з'ясувати, чому правочин не був нотаріально посвідчений, чи дійсно сторона ухилилася від його посвідчення та чи втрачена така можливість, а також чи немає інших підстав нікчемності правочину. При цьому саме по собі небажання сторони нотаріально посвідчувати договір, її ухилення від такого посвідчення з причин відсутності коштів на сплату обов'язкових платежів.

У цьому контексті цікавим є пояснення В. В. Комарова, який зауважує, що для законності будь-якого укладеного договору необхідне обов'язкове дотримання декількох передумов: не повинні викликати сумнівів дійсність підписів сторін договору, їхня дієздатність, час і місце укладення договору; умови угод, що укладаються, не повинні суперечити вимогам закону; мають бути забезпечені свобода волевиявлення при правочинах і відповідність сформульованих у договорі положень дійсним намірам сторін, чим охороняються права і інтереси та гарантується незалежність навіть більш економічної слабкої сторони [4, с. 39].

Водночас, згідно з висновками Я. М. Романюк, підстава нікчемності повинна передбачати можливість визнання такого договору дійсним. Тобто договір не повинен мати інших дефектів, які зумовлюють його нікчемність, крім порушення вимоги закону щодо його обов'язкового нотаріального посвідчення. Наприклад, не можна визнати дійсним договір, який є нікчемним через порушення ним публічного порядку [8, с. 36]. Як зауважує М. Мондровський у своїй щорічній праці, саме лише небажання сторони правочину нотаріально посвідчувати договір не може бути підставою для визнання такого договору дійсним [9, с. 18-21].

Впродовж тривалого часу в науці та на практиці триває насичена дискусія з приводу правової природи нотаріату та його ролі у захисті та утвердженні прав людини. Окремі автори обґрунтовують позицію, що через схожість низки нотаріальних дій і функцій інших органів, що надають юридичні послуги (наприклад, державні реєстратори, державні виконавці тощо), не варто

розглядати нотаріат як окремий інститут права [10, с. 341]. З іншого боку, спроба вдосконалення виключно організаційно-процедурних засад діяльності нотаріусів не здатна якісно посилити роль нотаріальних органів у забезпеченні реалізації прав і свобод фізичних та юридичних осіб, на що неодноразово звертали увагу вітчизняні вчені [11, с. 187; 12, с. 143].

Таким чином, проаналізувавши всі висловлені вітчизняними науковцями основоположні думки про парадигмальну сутність нотаріального посвідчення правочинів, вважаємо за необхідне здійснити таке класифікаційне групування озвучених положень, а саме:

**1. Традиційний підхід**, згідно з яким нотаріальне посвідчення правочину являє собою фіксацію окремої форми укладення правочинів. Як наголошує А. В. Нижний, нотаріальна форма має трактуватися як встановлений законом спосіб волевиявлення сторін щодо змісту (умов) договору з фіксацією його змісту на певному носії за участю нотаріуса [13, с. 12]. Погоджується з таким розумінням і М. О. Михайлів, який зазначає, що дотримання нотаріального посвідчення правочину та державної реєстрації є важливим засобом перевірки змісту дійсного волевиявлення суб'єктів, а також одним зі способів волевиявлення, який сприяє дотриманню вимог чинного законодавства та настанню цивільно-правових наслідків у вигляді виникнення, зміни або припинення цивільних прав і обов'язків [14, с. 39]. Продовжують ці доводи й інші вчені, котрі стверджують, що форми правочину мають розглядатися як способи волевиявлення. Вбачається, що нотаріальне посвідчення правочину нотаріусом або іншою посадовою, службовою особою не належить до процесу волевиявлення, а лише забезпечує «укріплення» найбільш значущих правочинів [15, с. 593].

**2. Процедурний підхід**, згідно з яким нотаріальне посвідчення правочину є не окремою формою укладення правочинів, а публічно-правовою процедурою. Як стверджує А. В. Лазебна, нотаріальне посвідчення правочину не може мати статус елемента письмової форми правочину, воно утворює окрему публічно-правову процедуру, яка потребує уваги з боку законотворців. Норми законодавства стосовно нотаріального посвідчення повинні отримати своє закріплення в одному нормативно-правовому акті. Незважаючи на те, що нотаріальне оформлення пов'язане з додатковими витратами часу та фінансів, воно забезпечує чіткість і визначеність у цивільно-правових відносинах, значно зменшує ризики та підвищує надійність укладених правочинів [15, с. 595].

**3. Комплексний підхід**, прибічники якого пропонують здійснювати подальші дослідження форми правочинів на межі цивільного права і процесуальних наук, зокрема цивільного та нотаріального процесів, а також виконавчого провадження. За словами Я. П. Панталієнко, найважливіші аспекти фіксування волі особи у правовстановлюючому документі мають адекватним чином відображатися у нотаріальній процедурі [3, с. 381]. Справді, будучи нотаріатом латинського типу, українські нотаріуси діють на засадах дуалізму, поєднуючи публічно-правові та приватноправові засади у своїй діяльності. З одного боку, нотаріус – це суб'єкт, що уповноважений на виконання державницьких функцій із захисту прав і свобод людини, а з іншого – представник вільної професії, який виступає як незалежний і неупереджений консультант сторін.

#### Висновки.

Посилення уваги до прав і свобод людини детермінує закономірний процес послідовної концентрації наукових знань про нотаріальний порядок правозастосування та правоохорони. Останнім часом спостерігається позитивна тенденція до закріплення кардинально відмінного підходу законодавця до врегулювання усіх проблемних та суперечливих питань щодо діяльності нотаріату в нашій державі. Усе це автоматично призводить до необхідності переосмислення і всіх науково-теоретичних напрацювань у цій сфері, насамперед щодо розуміння ролі та функцій українських нотаріусів в умовах сьогодення. Розвиток цивільного обігу, вдосконалення форм і методів ведення підприємницької діяльності, зростання свідомості та громадянської активності українців щодо реалізації своїх прав вимагають у сукупності істотної перебудови системи нотаріальних органів, зміни статусу нотаріуса, а також розширення можливостей нотаріату у сфері захисту прав і реалізації свобод людини та громадянина у вітчизняному правовому просторі.

Зважаючи на наведене, проведений нами ґрунтовний аналіз останніх напрацювань вітчизняних учених у сфері правової регламентації залучення нотаріусів до посвідчення правочинів у цивільному обігу дозволяє нам згрупувати найбільш поширені науково-теоретичні підходи до визначення парадигмальної сутності досліджуваних відносин, а саме: 1) трансформаційний підхід, в рамках якого нотаріальне посвідчення правочинів є окремим способом додаткової фіксації форми укладених правочинів; 2) процедурний підхід, у рамках якого нотаріальне посвідчення правочину є не окремою формою їхнього

укладення, а самостійною публічно-правовою процедурою; 3) комплексний підхід, у рамках якого нотаріальне посвідчення правочинів розглядається як сполучення норм цивільного права і процесуальних наук (цивільного процесу, виконавчого процесу, нотаріального провадження тощо).

#### Список використаних джерел:

1. Пастернак В. М. Форма правочину – невід’ємна частина його дійсності. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 2. С. 215-218.
2. Кухарева Г. П. Форми правочину. *Вісник Харківського національного університету права*. 2006. С. 298-302.
3. Панталієнко Я. П. Нотаріальна форма та процедура. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2009. Вип. 46. С. 376-382.
4. Комаров В. В., Баранкова В. В. Нотаріат в Україні: підручник. Харків: Право, 2011. 384 с.
5. Марченко В. Р., Спасибо-Фатеева І. В. Нотаріальне посвідчення правочину. *Юридичний радник*. 2010. № 5. С. 210-215.
6. Дякович М. М. Посвідчення правочинів нотаріусом: цивільно-правові аспекти. *Наукові праці. Економіка. Правознавство*. Вип. 149. Том 161. 2011. С. 100-103.
7. Чекіта В. Г. Процедура нотаріального посвідчення консулом аліментних договорів. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 1. С. 223-230.
8. Романюк Я. М. Умови та порядок визнання нікчемних правочинів дійсними. *Вісник Верховного Суду України*. № 2 (114). 2010. С. 35-40.
9. Мондровський М. Методичні рекомендації по застосуванню Закону України «Про оренду державного та комунального майна». *Litres*, 2020. 322 с.
10. Череватенко І. М. Нотаріальне посвідчення права власності на частку в спільному майні подружжя. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. С. 337-345.
11. Андрущенко Т. С. Особливості нотаріального посвідчення договору про припинення права на аліменти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2013. Вип. 21. С. 186-188.
12. Бондарева М. В., Стоян В. О. До питання про належне місце укладення та нотаріального посвідчення договорів відчуження, застави (іпотеки) нерухомого майна. *Університетські наукові записки*. 2008. № 4 (28). С. 141-144.
13. Нижний А. В. Форма цивільно-правового договору та наслідки її недотримання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 20 с.
14. Михайлів М. О. Форма правочину та правові наслідки її недотримання. *Держава і право*. 2011. Вип. 51. С. 34-39.
15. Лазебна А. В. Нотаріальне посвідчення як елемент форми правочину. *Молодий вчений*. 2019. № 10 (74). С. 592-596.

#### Yuriy Opanashchuk. Paradigmatic approaches to the essence of notarial certification of transactions

*The article provides a comprehensive study of the basic approaches of domestic scholars to the identification of paradigmatic essential features of multi-vector activities of domestic notaries, related to the validity of transactions in civil law circulation, as in recent decades in science and practice its role in protecting human and civil rights. The author analyzes the general ideas and understanding of the main functions performed by the notary at the present stage of development and transformation of civil society in Ukraine. It is stated that in the Soviet period of our history, the notary, unfortunately, did not play a significant role in the life of civil society and was mostly nominal in nature. At the same time, the latest trends in optimizing the procedural aspects of the actual exercise of their powers by notaries in the case when the parties for one reason or another avoid or are unable to apply for the conclusion of agreements to notaries, as well as studying the consequences of such actions (inaction), own proposals for legislative updating of existing regulations in the field of notaries, as effective legal regulation of this institution is one of the integral attributive prerequisites for ensuring the stability and stability of the legal system and economic development of society as a whole. Given the lack of comprehensive monographs in this area, the author states that the focus of scientists on the issues studied in this article becomes especially important in modern conditions, as there is an urgent need to bring Ukrainian legislation, domestic science and law enforcement practices in line with international standards. in the field of human rights protection.*

*In particular, this study allows the author to group the most common scientific and theoretical approaches to determining the paradigmatic nature of the studied relations in such approaches as: 1) transformational approach, in which notarization of transactions is a separate way to further fix the form of transactions; 2) procedural approach, in which the notarization of the transaction is not a separate form of their conclusion, but an independent public law procedure; 3) a comprehensive approach, in which the notarization of transactions is considered as a combination of civil law and procedural sciences (civil proceedings, enforcement proceedings, notarial proceedings, etc.).*

**Key words:** transaction, notary, notarial certificate, notarial form of transaction.