

## НОТАРІАЛЬНА ФОРМА ТА ПРОЦЕДУРА

*Проводится исследование понятий «форма» и «нотариальная форма», анализируется процедура совершения нотариальных действий нотариусами Украины. В статье сделан ряд выводов, например, о невозможности ограничения нотариальной формы только нотариальным актом, доказана необходимость проведения дальнейших исследований форм сделок на стыке гражданского права и процессуальных наук.*

**Ключевые слова:** форма, нотариальная форма, нотариальна процедура, процедура.

*The author scrutinizes the conception of form and notarial form, the procedure of execution of notarial actions by notaries of Ukraine is analyzed. A few conclusions are made in the article, in particular about impossibility of equalization of notarial form only to notarial acts, the necessity of further examination of forms of treaties, which are on border of civil law and processual sciences, is proved.*

**Key words:** form, notarial form, notarial procedure, procedure.

Спеціальних комплексних досліджень нотаріальної процесуальної форми в Україні не існує, незважаючи на те, що вона має велике правове і, відповідно, процесуальне значення. Дослідження російських вчених з цих питань були зведені до форм реалізації нотаріальних актів в різних сферах суспільних відносин<sup>1</sup>, або до оцінки значення нотаріальної процесуальної форми у порівнянні з актами суду<sup>2</sup>.

Українські вчені вже досліджують взаємозв'язок норм матеріального права та їх відображення в нотаріальному та інших процесах<sup>3</sup>. При цьому поняття «типова форма» використовується деякими авторами з практичним значенням цього терміну, коли мова йде про розроблені ними «типові проекти нотаріальних актів»<sup>4</sup>. Ще більш категоричні пропозиції власної думки пропонуються авторами

---

© ПАНТАЛІЄНКО Ярослава Петрівна – аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

під назвою «зразкові договори» або «зразки нотаріальних документів»<sup>5</sup>, хоча термін «зразкові договори», вбачається, не підходить до творчої професії нотаріуса та не здатен охопити всієї множини суспільних відносин.

З врахуванням цього застосовувати такий вираз з адекватним цьому поняттю змістом, на наш погляд, неможливо, тому більш виваженою представляється назва книги, в якій мова йде про проекти нотаріальних договорів, «проекти договорів» або «техніка складання нотаріальних актів» тощо<sup>6</sup>. Саме таке сприйняття нотаріальної форми вважається правильним, оскільки нотаріальна форма не може диктувати однаковий зміст договорів для всіх громадян через те, що реальні правовідносини ставатимуть шаблонними (зразковими), а це неминуче призводитиме до викривлення волі громадян. Сьогодні в діяльності нотаріусів вже можна помітити шаблонне ставлення до громадян, коли в них лише запитують вид договору, а потім – прізвище, ім'я, по батькові тощо, щоб лише заповнити наперед встановлений зразок (шаблон) договору, тобто громадян не запитують про особливості їх угоди, а вносять істотні умови із законодавства. Такий зміст нотаріальних актів просто недоцільно фіксувати і посвідчувати, оскільки права та обов'язки суб'єктів договору й так регулюватимуться умовами законодавства.

Так, не можна зводити нотаріальну процесуальну форму лише до остаточного нотаріального акту, оскільки на шляху його формування нотаріусу необхідно вислухати побажання сторін договору, а потім використати спеціальну нотаріальну форму фіксації їх волевиявлення і дій самого нотаріуса, здійснити перевірку наданої особами інформації тощо. Без забезпечення нотаріуса відповідною інформацією, без фіксації його дій сьогодні здійснювати нотаріальну діяльність незаконно і неможливо.

Сучасна доктрина цивільного права відрізняє усні правочини (ст. 206 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ)<sup>7</sup>, письмову форму правочину (ст.207 ЦКУ), нотаріальне посвідчення правочину (ст.209 ЦКУ), а також наслідки невиконання щодо форми правочину, зокрема, правові наслідки недодержання письмової форми правочину (ст. 218 ЦКУ) та нотаріального посвідчення (ст.ст. 219, 220 ЦКУ).

Таким чином, в законодавстві лише з письмовим документом пов'язують термін «форма». Виходячи з того, що нотаріальні дії вчиняються у письмовій формі, то термін «форма» може застосовуватися й до нотаріально посвідчених документів, хоча, буквально, цей термін має стосуватися лише письмового документу, а не оформлення його нотаріусом.

Повертаючись до волевиявлення громадян під час вчинення правочину, необхідно визнати базовим елементом цивільних правовідносин вільне волевиявлення, необхідність якого встановлена у ст. 1 ЦКУ. У ч. 3 ст. 203 ЦКУ встановлюється умова чинності правочину – відповідність волевиявлення учасника правочину його внутрішній волі. У ст. 44 Закону України «Про нотаріат»<sup>8</sup> так само мова йде про зобов'язання нотаріуса встановити дійсні наміри кожної із сторін до вчинення правочину, який він посвідчує, а також відсутність у сторін заперечень щодо кожної із умов правочину.

Отже, можливими є випадки, коли волевиявлення не співпадає з внутрішньою волею особи, яка вчиняє правочин?!

Слід відзначити, що проблемними ці питання мають вважатися починаючи з того, що їх зміст, незважаючи на їх важливість, не розкривається у ЦКУ. Зі змісту ст. 205 ЦКУ, яка має назву «Форма правочину. Способи волевиявлення», можна

апріорі припустити, що під формою правочину мають на увазі письмову і усну, а під способами волевиявлення – поведінку сторін (ч. 2 ст. 205 ЦКУ) і навіть її мовчання (ч. 3 ст. 205 ЦКУ). Після цієї норми поняття «волевиявлення» з'являється у ч. 4 ст. 635 ЦКУ з несподіваним змістом, оскільки допускається відсутність у договорі про наміри (протокол про наміри тощо) волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору. Отже, в одному варіанті поняття «волевиявлення» пов'язують з поведінкою сторін, а в іншому – зі змістом договору або його формою, оскільки попереднім не буде договір, в якому сторони не взяли на себе конкретні зобов'язання (ч. 1 ст. 635 ЦКУ) та не підписали такий договір. Але погодитися з тим, що в договорі про наміри сторін не існує волевиявлення сторін і він не має сили попереднього, важко. Договір про наміри сторін має волевиявлення сторін, але їх воля орієнтована на майбутню співпрацю, що й зафіксоване відповідним волевиявленням.

Таким чином, волевиявлення може залежати від форми правочину. Так, для усних правочинів волевиявлення означатиме відповідну поведінку, а для письмових – зміст та формальні вимоги щодо підписання договору. При цьому, особливих умов застосування терміну «волевиявлення» при нотаріальній формі посвідчення правочинів не передбачається. Зокрема, цей термін після ст. 635 ЦКУ з'являється лише у ч. 2 ст. 1257 ЦКУ з таким змістом, ніби заповіти не посвідчуються в нотаріальному порядку, а саме: за позовом заінтересованої особи суд визнає заповіт недійсним, якщо буде встановлено, що волевиявлення заповідача не було вільним і не відповідає його волі.

Доцільно брати до уваги, що заповіти, як правило, посвідчуються нотаріусами (або спеціально уповноваженими особами, переліченими у статтях 1251-1252 ЦК), які згідно посвідчувальних написів встановлюють дієздатність особи на момент посвідчення правочину. Отже, у разі невідповідності волі і волевиявлення, висловленого у заповіті, має поставати питання про неадекватність дій нотаріуса встановленим вимогам законодавства. Це положення напряму свідчить про особливість нотаріальної форми посвідчення правочинів по відношенню до усної і простої письмової форми, оскільки у зміст нотаріальної форми закладається перевірка дієздатності заповідача або сторін договору.

Особливість посвідчення нотаріусами заповітів щодо інших правочинів та їх усної і простої письмової форми активно проявляється у ст. 1248 ЦК, де йдеться про загальний порядок викладення змісту заповіту на папері власноручно заповідачем та особливості його запису з його слів нотаріусом. Так само передбачається можливість особи викласти заповіт на папері за допомогою загальноприйнятих технічних засобів особисто або пропозиції нотаріусу це здійснити з її слів. Відмінність цих способів викладення змісту заповіту на папері: особисто (власноручно) чи за допомогою нотаріуса диктує різний формальний підхід до нотаріального порядку посвідчення заповіту. Так, нотаріус безумовно посвідчує заповіт, складений особисто заповідачем, згідно ч. 1 ст. 1248 ЦК, але обов'язок прочитати вголос лягатиме на заповідача, якщо заповіт був викладений на папері нотаріусом. Цю норму ст. 1248 ЦК можна вважати формальною, оскільки реально перевірити факт читання заповідачем вголос змісту заповіту неможливо. Іноді навіть виникають парадокси, коли дане положення законодавства лише з формальних підстав використовують для визнання заповіту недійсним. Так, у судовій практиці мав місце випадок, коли після операції на гортані заповідач не міг прочитати заповіт вголос, але ознайомився з його змістом і підписав його. Зазначені

у попередньому заповіті спадкоємці вимагали від суду визнати останній заповіт недійсним лише з причини неможливості читати вголос, і це незважаючи на те, що така підстава не може розцінюватися, на наш погляд, достатньою для визнання заповіту недійсним. Це пояснюється тим, що абзац 3 ч. 2 ст. 1248 ЦКУ констатує обов'язкову умову присутності свідків при неможливості заповідача прочитати заповіт, а не за умови прочитати вголос. Так само важко сприйняти, навіщо всіх свідків зобов'язувати читати заповіт вголос згідно ст. 1253 ЦК, коли їх завданням має бути пересвідчитися в тому, що до заповідача належним чином доведено до відома зміст заповіту, наприклад, коли заповідач глухонігий, то можна читати вголос заповіт і 10 разів, але ця дія не матиме реальних наслідків.

Можна дійти висновку, що волевиявлення є зовнішнім проявом волі особи, коли вони відповідають одне одному. Але, як зазначалося раніше, встановити волю людини після її смерті або в недієздатної особи неможливо, а також законом воля останньої відносно юридично важливих правочинів визнається нікчемною, оскільки за таку людину має вчиняти правочини опікун за згодою органу опіки та піклування. Так само поняття «воля» не може бути застосоване щодо юридичних осіб, оскільки вони керуються не однією волею, а колективною волею засновників. Більше того, коли правочин здійснюється під впливом обману або помилки (статті 229, 230 ЦК), то в цей самий момент воля і волевиявлення співпадають, але вони не збігаються з інтересами такої особи.

У зв'язку з цим доцільно одночасно говорити про волю особи та її інтереси. Автор вважає, що для певних категорій осіб, наприклад, недієздатних, малолітніх, неповнолітніх та інших законодавством має застосовуватися не тільки обмеження дієздатності, а й інші критерії – їх суб'єктивні та об'єктивні інтереси щодо вчинення або відмови від вчинення правочину. Саме такі інтереси можуть і повинні перевірятися органами опіки та піклування (ст. 71 ЦКУ), а також мають враховуватися нотаріусами, оскільки воля недієздатної особи не повинна мати правового значення.

Поняття «інтереси фізичної особи» вживається у законі (ч. 2 ст. 224 ЦКУ), але воно не розкрито. Більше того, згідно ст. 224 ЦКУ інтереси фізичної особи домінують над поняттям «нікчемний правочин», з чим важко однозначно погодитися. Тут доцільно або не застосовувати поняття «нікчемний правочин», або раціонально говорити про особливе поняття «об'єктивні інтереси фізичної особи», яке домінуватиме навіть над однозначними вимогами законодавства.

Якщо припускати, що у кожного загального правила існують винятки, то такий варіант є раціональним винятком із загального правила (ст. 215 ЦКУ). Так, згідно ст. 221–223 ЦКУ правочин, вчинений за межами цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений тими особами, від волі яких залежить його чинність, але, відповідно, він може бути визнаний недійсним. Виходить, що вирішення такої ситуації залежить від волі уповноважених осіб, отже, така ситуація може дестабілізувати правовідносини, які вже склалися. Тому остаточне вирішення правової ситуації має не тільки альтернативні, а й прямо протилежні варіанти врегулювання від визнання правочину чинним до визнання його нікчемним. Більше того, правочин на момент вчинення може відповідати об'єктивним інтересам особи, а згодом правова ситуація може істотно змінитися. Так, дітям заборонено продавати горілчані та тютюнові вироби, але дитина може сказати, що придбаває ці товари для батьків. На цей момент правопорушення не існує, але у разі вживання цих товарів дитиною – ситуація кардинально змінюється. Так само, за загальним пра-

вилом, ми припускаємо, що дитина не може адекватно здійснювати правочини, але тут же дозволяємо їй це робити за умови відповідності правочину її інтересам, не враховуючи того аспекту, що правочин матиме юридичне значення лише тоді, коли він зумовить виникнення правовідносин, тобто виникнення інтересів (можливо, й конкретних прав та обов'язків) у контрагентів. У наведеному вище прикладі продавець може повірити дитині, що вона придбаває товари для батьків, але нестиме відповідальність, якщо факт продажу буде встановлений правоохоронними органами.

Тому альтернатива в таких випадках неприпустима. Якщо для вчинення правочину вимагається згода уповноважених осіб, то вона має передувати його вчиненню. Так, нотаріус не може припускати, що згодом правочин може бути схвалений батьками (усиновлювачами) дитини або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном, навіть в тому випадку, коли особисто впевнений у відповідності його інтересам дитини. Хоча такий випадок не застережений у статтях 221–223 ЦКУ, автор впевнений у неможливості нотаріуса робити припущення у такій правовій ситуації. Саме завдяки діяльності юридично компетентних осіб – нотаріусів нотаріальна процесуальна форма посвідчення правочинів відрізняється від простої письмової та усної форми правочинів, де можливими є правові помилки, а в нотаріальному порядку нотаріус має намагатися виявляти помилки осіб і навіть відрізнити їх від порушень законодавства. До цього спонукають суспільні потреби, але закріпити в Законі України «Про нотаріат» таку норму складно. Тому в ст. 44 Закону України «Про нотаріат» на нотаріусів покладається обов'язок встановлення намірів сторін вчиняти правочин, а не співствавляти волевиявлення осіб з їх волею.

У багатьох випадках воля і волевиявлення не вважаються безпосередньо причетними до поняття «форма» документу, з чим, на наш погляд, важко погодитися.

Щодо форми існують й численні дослідження процесуалістів<sup>9</sup>, серед яких доцільно виокремити і навести визначення широкого поняття «нотаріальна процесуальна форма». Так, С.Я. Фурса зазначає: «...Нотаріальна процесуальна форма – це невід'ємний конститутивний (основний) елемент нотаріальної діяльності, що має складатись з визначеної законом послідовності і правил вчинення окремих нотаріальних дій, які в остаточному підсумку мають становити нотаріальне провадження або процес, який має закінчуватися в більшості випадків посвідченням нотаріального акту»<sup>10</sup>. Це визначення не має безпосереднього зв'язку з формою, в якій мають фіксуватися правочини, але такий зв'язок повинен існувати, оскільки нотаріальна процесуальна форма має передбачати виготовлення відповідного нотаріального акту, формальні вимоги до якого встановлені як в нормах ЦКУ, так і Закону України «Про нотаріат», а також в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Якщо буквально аналізувати наведене вище визначення, то стане зрозумілим і адекватним, що нотаріальне діловодство та порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України повинні забезпечувати єдину форму для документів одного виду, а отже, нотаріальну форму документу. Можна погодитися з наведеною вище концепцією, оскільки саме завдяки спеціальним правилам вчинення нотаріальних проваджень та встановленим правилам діловодства нотаріальні акти мають набувати вищу юридичну вірогідність, ніж проста письмова форма правочинів і, тим більше, усна.

Саме такий зв'язок зумовлює широке сприйняття форми документу і як більш широкого терміна – форми волевиявлення сторін при вчиненні правочину. До такої сприйняття письмової і нотаріальної форми змушує той аспект, що при створенні письмового документу необхідним елементом є воля особи, про існування якої свідчить її волевиявлення – підпис у документі. Відсутність підпису робить юридично важливі документи нікчемними.

У зв'язку з цим можна стверджувати, що форма правочину, нотаріальна процесуальна форма та інші форми взаємопов'язані і неможливо розкривати лише поняття «письмова форма», а необхідно у ЦКУ визначити характерні особливості кожної форми, в якій може виражатися зміст правочину. Прогалини в сучасній правовій науці обумовлені тим, що вчені-процесуалісти аналізують форму здійснення прав та виконання обов'язків, а вчені-цивілісти, як правило, звертають у своїх дослідження увагу лише на загальні аспекти тієї чи іншої форми (письмової, усної, нотаріальної).

Тому автор вважає, що необхідно проводити подальші дослідження форми правочинів на межі цивільного права та процесуальних наук, зокрема, цивільно- та нотаріального процесів, а також виконавчого провадження. При цьому найважливіші аспекти фіксування волі особи у правостановлюючому документі мають адекватним чином відображатися у нотаріальній процедурі. На думку автора, до останнього часу істотні помилки у практиці діяльності нотаріусів виникають внаслідок нерозробленості саме нотаріальної процедури.

Наведене вище свідчить про те, що 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 дійсної 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.

1. *Алешина Т.Е.* Нотариальная форма реализации права: Теоретико-правовое исследование: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2001. – 22 с. 2. *Потапова Е.Н.* Значение нотариальной процедуры в сфере гражданского судопроизводства // [law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1252038](http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1252038). 3. *Фурса С.Я., Фурса С.О.* Нотариальный процес: теоретичні основи. – К.: Істина, 2002. – С. 65. 4. *Тупові* форми юридичних документів / Укладачі Харитонов Є.О., Зубар В.М., Ткачук А.Л., Харитонova Т.Є. – Х.: Одіссей, 2004. – 320 с. 5. *Лустров А.В.* Образцы нотариальных документов: сделки с недвижимостью, доверенности, завещания, комментарии и нормативная база – М.: ЮРАЙТ, 1997. – 224 с.; *Мічурін Є.О.* Правочини. Зразки нотаріальних документів: Навч.-практ. посіб.: Коментар цивільного законодавства, нові види договорів, зразки нотаріальних документів, коментар до окремих зразків документів – Х.: Еспада, 2004. – 464 с.; *Слінько С.В.* Зразки нотаріальних документів: Свідоцтва, заповіти, договори, доручення, виконавчі написи – Х.: Арсіс, ЛГД, 1999. – 303 с. 6. *Мічурін Є.О.* Техніка складання договорів: Наук.-практ. посіб. – Харків: Юр світ, 2006. – 536 с. 7. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 35. 8. *Закон України «Про нотаріат»* // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383. 9. *Бенедик И.В., Погребной И.М.* Основы законодательства Союза ССР и союзных республик про административные правонарушения и процессуальная форма / Производство по делам об административных правонарушениях в органах внутренних дел: Сборник научных трудов. – К., 1983. – С.13; *Дудникова Г.В.* Арбитражная процессуальная

форма: Дис. ... канд. юр. наук. – Саратов, 2005. – 202 с. **10.** Фурса С.Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні. – К.: Істина, 2002. – С. 45.