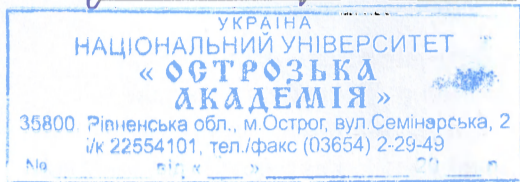


Від 05.11.2018р. № 334



ЗАТВЕРДЖУЮ

Ректор

Національного університету
«Острозька академія»

проф. І. Д. Пасічник



НАУКОВО-ПРАВОВА ЕКСПЕРТИЗА

I. Предмет науково-правової експертизи

Навчально-науковим інститутом права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія» відповідно до листа Рівненського відділення Нотаріальної палати України № 19 від 27 жовтня 2018 року проведено аналітичне дослідження проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення передумов для захисту економічних та спадкових прав громадян в сільській місцевості» (реєстр.№ 9140).

Предметом цієї науково-правової експертизи є підготовка відповідей на такі питання:

1. Визначити відповідність норм проекту Закону № 9140 його цілям та основним завданням прийняття законопроекту, що вказані авторами законопроекту.
2. Чи відповідають положення проекту Закону № 9140 базовому Закону України «Про нотаріат», яким визначені основи побудови нотаріату в Україні, порядок допуску до заняття нотаріальною діяльністю, організації діяльності нотаріату, а також міжнародним зобов'язанням України?
3. Які ризики для незалежності нотаріату та професійної діяльності нотаріуса містить проект Закону № 9140?
4. Чи містить проект Закону № 9140 ризики для інституту речових прав та права власності?
5. Дослідити, чи містить ризики проект Закону № 9140 щодо незабезпечення реалізації положення ст. 56 Конституції України, що гарантує право громадян України на «відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень».
6. Виходячи з компетенції Міністерства юстиції України, а також згідно Положення про Міністерство юстиції України, затверджене Постановою КМ України №228 від 02.07.2014 р., визначити можливість чи неможливість віднесення до повноважень МЮ України повноважень на вчинення нотаріальних дій.
7. Визначити вірогідну відповідність документів, які відповідно до норм проекту Закону № 9140 будуть посвідчуватись «уповноваженими особами МЮ», стандартним вимогам до такого типу документів, що встановлені міжнародними договорами, учасниками яких є Україна, у тому числі міжнародними договорами про надання допомоги у цивільних і сімейних справах.
8. Встановити наявність корупційних ризиків у проекті Закону № 9140.

II. Підстави для проведення науково-правової експертизи

Науково-правова експертиза проведена на підставі:

- Закону України «Про наукову та науково-технічну експертизу»;
- Статуту Національного університету «Острозька академія», затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 22.09.2017 року № 1302;
- Листа Рівненського відділення Нотаріальної палати України від 27.10.2018 року № 19 та договору про виконання науково-дослідних робіт № 2 від 29.10.2018 року.

III. Нормативно-правові джерела

У процесі проведення науково-правової експертизи досліджувалось і надавалось доктринальне тлумачення положень чинного законодавства України, які містяться у:

- Конституції України;
- Цивільному кодексі України
- Законі України «Про нотаріат»;
- Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»
- Наказі Міністерства юстиції України № 1066/5 від 07.07.2014 р. «Про забезпечення організації доступності населення до нотаріальних послуг та поліпшення роботи з надання таких послуг»;

IV. Науково-правове обґрунтування висновків експертизи

Питання:

1. Визначити відповідність норм проекту Закону № 9140 його цілям та основним завданням прийняття законопроекту, що вказані авторами законопроекту.

У Пояснювальній записці до проекту Закону № 9140 вказується, що «метою проекту Закону є створення законодавчих передумов для покращення доступу осіб, які проживають (zareєстровані) у селах, селищах, селищах міського типу та містах районного значення, до нотаріальних та реєстраційних послуг, що сприятиме захисту та належній реалізації їх економічних та спадкових прав.»

Така доступність, на думку авторів повинна досягатися за рахунок наступних факторів:

- шляхом розширення кола осіб, діяльність яких буде спрямована на надання адресних послуг сільському населенню, зокрема у сфері нотаріату та державної реєстрації;

- шляхом встановлення пільг при оплаті послуг уповноважених осіб органу юстиції.

Разом з тим, відповідно до статті 1 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальних дій покладається на нотаріусів, які працюють в державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю приватні нотаріуси). У населених пунктах, де немає нотаріусів, нотаріальні дії, передбачені статтею 37 цього Закону, вчиняються уповноваженими на це посадовими особами органів місцевого самоврядування.

Таким чином, особи, які проживають (zareєстровані) у селах, селищах, селищах міського типу та містах районного значення мають змогу звернутись для вчинення нотаріальних дій до:

- державного нотаріуса;
- приватного нотаріуса;
- посадової особи органів місцевого самоврядування.

У містах районного значення як правило є і приватні і державні нотаріуси, а у селах та селищах є відповідні посадові особи органів місцевого самоврядування.

Питання щодо розширення кола суб'єктів, які мають право вчиняти нотаріальні дії у сільській місцевості, в тому числі і оформляти спадщину було вирішено Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо деяких питань спадкування» №1709 від 20.10.2014р.

Зокрема, було внесено відповідні зміни до Цивільного кодексу України, Закону «Про нотаріат», Закону Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» тощо та вчинення нотаріальних дій у сільських населених пунктах покладено на уповноважених на це посадових осіб органу місцевого самоврядування.

На сьогодні, положення Закону № 1709 не знайшли свого комплексного втілення у життя, що дає змогу констатувати його неефективність, а також недоцільність прийняття інших, схожих за суттю законопроектів.

Згідно запропонованих змін, зокрема нової редакції статей 36¹ та 41 Закону України «Про нотаріат», нотаріальні дії будуть вчинятися не у сільській місцевості, а для осіб, які проживають (zareєстровані) у селах, селищах, селищах міського типу та містах районного значення. При цьому, приміщення, у якому уповноважена особа органу юстиції вчиняє нотаріальні дії буде визначатися наказом відповідного головного управління юстиції.

Наявність у законопроекті можливості звертатись до уповноважених осіб органів юстиції (без прив'язки до території) як для осіб, які проживають, так і для осіб, які zareєстровані у сільській місцевості, створює підвищений ризик зловживань для осіб, які фактично проживають у місті, а zareєстровані у селі.

У разі прийняття такої норми, істотно підвищиться ризик рейдерського захоплення як нерухомого майна, так і корпоративних прав, що в жодному разі не сприятиме захисту прав сільського населення.

Окрім того, пропонуючи внести зміни до статей 1269,1272,1273, 1297 Цивільного кодексу України, автори заздалегідь провокують колізію, вказуючи, що відповідні документи подаються, а особи звертаються до "...відповідної уповноваженої особи органу юстиції (у разі якщо спадкоємець проживає (zareєстрований) у селі, селищі, селищі міського типу або місті районного значення) або в сільських населених пунктах - до уповноваженої на це посадової особи відповідного органу місцевого самоврядування".

Постає закономірне питання, яким чином слід розмежовувати у вказаних нормах " село, селище, селище міського типу або місто районного значення" і "сільський населений пункт", оскільки необхідно в першому випадку звертатись до уповноваженої особи органу юстиції, а у другому до уповноваженої на це посадової особи відповідного органу місцевого самоврядування.

Автори законопроекту у пояснювальній записці до нього, вказують, що "станом на 01.07.2018р. в державних нотаріальних конторах наявні 294 вакансії державних нотаріусів", а відтак і зменшилась доступність їх послуг для соціально-незахищених верств населення, які не в змозі оплатити послуги приватних нотаріусів.

При цьому, відповідно до статті 17 Закону України "Про нотаріат", штати державних нотаріальних контор затверджуються відповідним органом Міністерства юстиції України в межах встановленої для державних нотаріальних контор штатної чисельності і фонду заробітної плати. Відтак, до відання Міністерства юстиції відноситься питання забезпечення гідної оплати праці державних нотаріусів та умов їх роботи.

Разом з тим, вказується, що у разі прийняття законопроекту реалізація його положень вплине на показники Державного бюджету України, оскільки необхідні витрати на оплату праці та матеріально-технічне забезпечення робочих місць уповноважених осіб органів юстиції.

Складається ситуація, за якої кількість державних нотаріусів зменшується через відсутність достатнього фінансування їх діяльності, натомість пропонується на

фінансувати ще одну групу осіб, що будуть виконувати функції, які повинні виконувати державні нотаріуси.

Крім того, наказом Міністерства юстиції України № 1066/5 від 07.07.2014р. “Про забезпечення організації доступності населення до нотаріальних послуг та поліпшення роботи з надання таких послуг” у населених пунктах, де немає нотаріусів обов’язки щодо нотаріального обслуговування населення покладаються наказом начальника відповідного головного територіального управління юстиції на іншу державну нотаріальну контору, місце розташування якої найбільш наближено до державної нотаріальної контори, яка тимчасово не працює у зв’язку з відсутністю державних нотаріусів, чи на державну нотаріальну контору, у якій існує оптимальна можливість для належного надання нотаріальних послуг.

При цьому, контроль щодо ефективного виконання цього наказу покладено саме на головні територіальні управління юстиції.

Відтак, не відповідає дійсності твердження авторів законопроекту про недоступність нотаріальних дій у сільській місцевості.

Окремо слід сказати, про пропозицію авторів законопроекту збільшити доступність нотаріальних дій для соціально-незахищених верств населення шляхом встановлення пільг при оплаті послуг уповноважених осіб органу юстиції.

Постає питання, для чого створювати інститут “уповноважених осіб органу юстиції”, при зверненні до яких особа матиме пільги, якщо можна надати такі пільги для соціально-незахищених верств населення при зверненні до вже існуючих осіб, які вчиняють нотаріальні дії.

Таким чином, норми проекту Закону № 9140 не відповідають його цілям та основним завданням прийняття законопроекту, що вказані авторами законопроекту.

2. Чи відповідають положення проекту Закону № 9140 базовому Закону України «Про нотаріат», яким визначені основи побудови нотаріату в Україні, порядок допуску до заняття нотаріальною діяльністю, організації діяльності нотаріату, а також міжнародним зобов’язанням України?

Автори законопроекту пропонують істотно змінити функціонування нотаріату в цілому і умови доступу до професії зокрема.

По-перше, пропонується надати можливість вчиняти нотаріальні дії уповноваженим особам органу юстиції, тобто особам, які:

- є посадовими особами головного управління юстиції;
- мають вищу юридичну освіту, але не нижче першого рівня (бакалавр);
- стаж роботи у відповідних органах юстиції не менш як два роки;
- пройшла стажування в органах нотаріату та державної реєстрації не менше трьох місяців;
- призначені на посаду за погодженням з Міністерством юстиції України.

При цьому така особа, пропрацювавши не менше п’яти років уповноваженою особою органу юстиції може бути нотаріусом по суті у спрощеному порядку.

Натомість стаття 3 Закону України “Про нотаріат” визначає, що нотаріусом може бути громадянин України, який:

- має повну вищу юридичну освіту,
- володіє державною мовою,
- має стаж роботи у сфері права не менш як шість років, з них помічником нотаріуса або консультантом державної нотаріальної контори - не менш як три роки,
- склав кваліфікаційний іспит і отримав свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

- не може бути нотаріусом особа, яка має судимість, обмежена у дієздатності або визнана недієздатною за рішенням суду.

Відтак, особи, які попередньо були призначені на посаду органом державної влади, з невідомим рівнем володіння державною мовою, можливо з неповною юридичною освітою, які мають стаж 2 роки і стажування 3 місяці і без складання кваліфікаційного іспиту – можуть отримати статус нотаріуса.

Міжнародний союз нотаріату (UINL - МСЛН) встановив ряд цінностей і принципів, які дозволили представити нотаріат як інститут, який є частиною правової системи держави, і які визначають спосіб буття і дій нотаріусів.

Ці цінності і принципи були конкретизовані під час різних Конгресів Союзу та систематизовані в “Основоположні принципи нотаріальної системи латинського типу” і “Принципи нотаріальної етики”, які являють собою є основні організаційні норми МСЛН і його культури.

Зокрема ними визначено наступні умови здійснення нотаріальної функції: професійна і особиста кваліфікація; законність; неупередженість; незалежність; повага до основних прав; готовність, ретельність, відповідальність; професійна самостійність; несумісність.

Щоб практикувати в області права, нотаріат як інститут і нотаріуси як професіонали повинні отримати максимальну юридичну кваліфікацію країни, успішно скласти іспити для отримання доступу до професії, володіти необхідними юридичними знаннями для ефективного і правильного контролю законності дій і документів, які вони отримують.

Відповідно до умов проекту Закону № 9140, для уповноваженої особи органу юстиції не вимагається максимальної юридичної кваліфікації. Відтак, такі особи не зможуть ефективно виконувати основну функцію нотаріату – захист прав та свобод особи, а також сприяти зниженню кількості цивільно-правових спорів, оскільки в силу своєї некомпетентності збільшуватимуть кількість справ у судах.

Окрім того, Закон України “Про нотаріат” вимагає від нотаріуса дотримуватись правил професійної етики, підвищувати кваліфікацію, а також містить налагоджену і ефективну дисциплінарну відповідальність нотаріуса.

Натомість, у нормах проекту Закону № 9140 для уповноваженої особи органу юстиції відсутні такі важелі стримувань і противаг, що розкриває необмежене поле для зловживань.

На відміну від нотаріусів уповноваженим особам органу юстиції надається право вчиняти нотаріальні дії та здійснювати державну реєстрацію

- без спеціального свідчення
- без трирічного досвіду роботи в нотаріаті
- без обладнаного робочого місця
- без матеріальної відповідальності
- без страховки
- без прив'язки до нотаріального округу

Такий підхід до призначення дає підстави сумніватись у професійності, неупередженості та незалежності роботи цих посадових осіб.

Крім того, це суперечить принципам діяльності Міжнародного союзу нотаріату, до якого Україна входить з 2013 року.

Таким чином, положення проекту Закону № 9140 не відповідають базовому Закону України «Про нотаріат», яким визначені основи побудови нотаріату в Україні, порядок допуску до заняття нотаріальною діяльністю, організації діяльності нотаріату, а також міжнародним зобов'язанням України.

3. Які ризики для незалежності нотаріату та професійної діяльності нотаріуса містить проект Закону № 9140?

Діяльність нотаріату і кожного нотаріуса зокрема підлягає контролю і відповідальності.

Стаття 26 «Правил етики та нотаріальної організації» передбачає, що держава, безпосередньо або через Колегії чи Асоціації нотаріусів, має повноваження щодо перевірки, контролю, інспекції та санкцій нотаріальної діяльності, яка підлягає контролю судів. Правопорушення та покарання встановлюються на законних підставах відповідно до принципу «*nula poena sine lege*» («немає покарання без закону»). У найбільш серйозних випадках корпоративна санкція може полягати у тимчасовому призупиненні функцій та, навіть, у виключенні з нотаріальної організації.

Відповідно до нині діючої норми частини 3 статті 12 Закону України «Про нотаріат» свідоцтво про право на заняття нотаріальною діяльністю може бути анульовано за рішенням Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату, прийнятим на підставі подання Нотаріальної палати України, у разі неодноразового порушення нотаріусом правил професійної етики.

Натомість у проекті Закону № 9140 пропонується замінити «неодноразове порушення нотаріусом правил професійної етики», тобто порушення, яке мало місце більш як один раз на «систематичне або одноразове грубе порушення нотаріусом кодексу професійної етики».

Таке поняття як «систематичне або одноразове грубе порушення» є оціночними, не має чіткого юридичного визначення, що відповідно створює можливість двоякого його розуміння при застосуванні даної норми на практиці і відповідно створює корупційні ризики та можливості для зловживань.

Застосування у законодавстві відповідальності за «одноразове грубе порушення» певних правил має місце у трудовому законодавстві, а також у адвокатській діяльності. При цьому судова практика свідчить, що відповідні органи, які застосовують відповідальність за «одноразове грубе порушення» певних правил досить часто не конкретизують у чому саме проявився «грубий» характер порушення, їх рішення часто є загальними. У свою чергу таке вільне трактування характеру правопорушення має наслідком звільнення працівника або припинення дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, а відтак до порушення прав та інтересів особи.

Ще більш суворі наслідки і зловживання з боку держави має той факт, що підставою суворого покарання є порушення етичних норм і правил, які за своєю природою є моральними нормами і здебільшого є неписаними або досить загальними.

Таким чином, факт появи у базовому законі - Законі України «Про нотаріат», оціночної категорії як підстави для притягнення нотаріуса до відповідальності і можливості застосування до нього найсуровішого покарання у вигляді анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю, містить підвищений ризик для незалежності нотаріату та професійної діяльності нотаріуса.

4. Чи містить проект Закону № 9140 ризики для інституту речових прав та права власності ?

Інститут власності та інших речових прав є одним із найбільш давніх та важливих у суспільстві. Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), зокрема статтею 1 Першого протоколу до неї (1952 р.) передбачено право кожної фізичної чи юридичної особи безперешкодно користуватися своїм майном, не допускається позбавлення особи її власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права, визнано право держави на здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

Гарантії здійснення права власності та його захисту закріплено й у вітчизняному законодавстві. Так, відповідно до ч. 4 ст. 41 Конституції України ніхто не може бути

протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Стаття 13 Конституції України вказує, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки.

Таким чином, держава взяла на себе зобов'язання щодо захисту права власності і невід'ємним елементом системи захисту права власності є нотаріат та діяльність нотаріуса щодо надання вірогідності документам щодо виникнення, зміни чи припинення права власності.

У проекті Закону № 9140 пропонується надати можливість уповноваженим особам органів юстиції складати та посвідчувати документи щодо виникнення, зміни чи припинення права власності. Про ризики, з цим пов'язані буде детально сказано при відповіді на інше питання.

Ще однією потенційною загрозою (і не лише для нотаріату) є норми проекту Закону № 9140, які пропонують надати для уповноваженої особи органу юстиції доступ до Єдиного державного демографічного реєстру, а також Державного реєстру актів цивільного стану громадян, Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань, інших єдиних та державних реєстрів, що функціонують у системі Міністерства юстиції України.

Значна кількість справ у судах направлених на захист права власності є результатом некомпетентної діяльності державних реєстраторів, що не є нотаріусами. Про це свідчить і збільшення кількості рейдерських захоплень квартир, земельних ділянок та інших об'єктів.

Нотаріус, який, на відміну від інших спеціалістів у галузі юриспруденції, також бере на себе відповідальність, підписуючи автентичний документ, повинен бути надзвичайно пильним щодо правової сфери наданої інформації та повинен забезпечити інформовану згоду. Якщо нотаріус також вважає, що по відношенню до особи, що з'явилася, можуть виникнути цивільні, адміністративні або податкові зобов'язання внаслідок автентичного документа, він повинен вказати це в документі, і цей надпис має бути підписаний сторонами і самим нотаріусом, щоб в подальшому уникнути будь-якої претензії щодо відповідальності.

Не менш ризиковою для інституту права власності є також пропозиція у проекті Закону № 9140 змінити статтю 42 Закону України "Про нотаріат".

У нині діючій редакції статті 42 вказується, що вчинення нотаріальної дії може бути відкладено в разі необхідності витребування додаткових відомостей або документів від фізичних та юридичних осіб або надсилання документів на експертизу, а також якщо відповідно до закону нотаріус повинен впевнитись у відсутності у заінтересованих осіб заперечень проти вчинення цієї дії.

Пропонується замінити слова "нотаріус повинен впевнитись" на слова "необхідно встановити відсутність". Якщо нині діюча норма вимагає від нотаріуса попередньої перевірки і наявності внутрішнього переконання у відсутності у заінтересованих осіб заперечень проти вчинення певних дій, то конструкція, яка пропонується не вказує на те, хто повинен "встановити відсутність", якими засобами це має бути зроблено, яким документом повинно підтверджуватись. Можливо автори законопроекту мають на увазі, що "встановити відсутність у заінтересованих осіб заперечень проти вчинення певних дій" повинен суд чи інший компетентний орган. В такому разі строк вчинення нотаріальних дій може бути продовжено на невизначений строк.

Таким чином, проект Закону № 9140 містить істотні ризики для інституту речових прав та права власності.

5. Чи містить ризики проект Закону № 9140 щодо незабезпечення реалізації положення ст. 56 Конституції України, що гарантує право громадян України на «на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого

самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень»?

Статті 27, 28 Закону України «Про нотаріат» визначають, що шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса, відшкодовується в повному розмірі, а для забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок вчиненої нотаріальної дії та/або іншої дії, покладеної на нотаріуса відповідно до закону, приватний нотаріус обов'язаний до початку зайняття приватною нотаріальною діяльністю укласти договір страхування цивільно-правової відповідальності.

Натомість у разі заподіяння матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю уповноваженими особами органів юстиції, які є посадовими особами органу державної влади при здійсненні ними своїх повноважень, обов'язок відшкодувати таку шкоду буде покладено на державу в силу положень статті 56 Конституції України та норм статті 1174 Цивільного кодексу України. Це право є важливою гарантією реалізації принципу відповідальності держави перед людиною за свою діяльність (ст. 3 Конституції України).

Таким чином, у разі запровадження інституту уповноважених осіб органів юстиції для виконання функцій, що несуть підвищений ризик заподіяння шкоди особі, держава візьме на себе додатковий фінансовий тягар (ризик).

6. Виходячи з компетенції Міністерства юстиції України, а також згідно Положення про Міністерство юстиції України, затверджене Постановою КМ України №228 від 02.07.2014 р., визначити можливість чи неможливість віднесення до повноважень Міністерства юстиції України повноважень на вчинення нотаріальних дій.

Згідно статті 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

На сьогодні відсутній закон про органи юстиції, як і не має чіткого визначення та правової регламентації організації і діяльності органів юстиції України.

Головні територіальні управління юстиції здійснюють свої повноваження на підставі Положень, затверджених наказом Міністерства юстиції України, які визначають питання що належать до сфери їх управління та встановлюють правові засади функціонування управлінь юстиції у відповідних адміністративно-територіальних одиницях.

Призначення уповноваженої особи та надання їй повноважень на вчинення нотаріальних дій та здійснення державної реєстрації прав на майно та бізнес взагалі не властиве органам юстиції і суперечить Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Згідно з положеннями пункту б частини 1 статті 38 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад належать делеговані повноваження щодо забезпечення законності, правопорядку, охорони прав, свобод і законних інтересів громадян, а саме:

- вчинення нотаріальних дій з питань, віднесених законом до їх відання, реєстрація актів цивільного стану (за винятком виконавчих органів міських (крім міст обласного значення) рад);

- державна реєстрація у встановленому порядку юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців (відповідно до пункту 14 частини 1 статті 1 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань» є

суб'єктами державної реєстрації та набувають повноважень з державної реєстрації інших юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців відповідно до цього Закону у разі прийняття відповідною радою такого рішення);

- державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (відповідно до пункту 2 частини 1 статті 6 та частини 2 вказаної статті Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є суб'єктами державної реєстрації прав та набувають повноважень у сфері державної реєстрації прав відповідно до цього Закону у разі прийняття відповідною радою такого рішення).

Таким чином, держава делегувала повноваження щодо вчинення нотаріальних дій нотаріусам (державним та приватним), а також там де не має нотаріусів органам місцевого самоврядування, а відтак вчинення нотаріальних дій не може бути віднесене до повноважень органу державної влади, яким є Міністерство юстиції України.

Звертаємо увагу, що запропоновані законопроектом зміни неодмінно призведуть до колізій норм в законодавстві.

Це означає, що делегувати повноваження на вчинення нотаріальних дій та здійснення державної реєстрації прав та бізнесу в межах однієї території будуть мати право як органи місцевого самоврядування, так і органи юстиції.

При цьому, такі уповноважені особи органів юстиції, згідно запропонованої редакції можуть бути призначені органом юстиції на території будь-якої адміністративно - територіальної одиниці, в тому числі там, де є достатня кількість нотаріусів та наявність уповноважених посадових осіб органів місцевого самоврядування.

7. Визначити вірогідну відповідність документів, які відповідно до норм проекту Закону № 9140 будуть посвідчуватись «уповноваженими особами МЮ», стандартним вимогам до такого типу документів, що встановлені міжнародними договорами, учасниками яких є Україна, у тому числі міжнародними договорами про надання допомоги у цивільних і сімейних справах.

Відповідно до статті 36¹ проекту Закону № 9140 уповноважені особи органів юстиції вчиняють такі нотаріальні дії для осіб, які проживають (zareєстровані) у селах, селищах, селищах міського типу та містах районного значення:

- 1) посвідчують правочини (договори купівлі-продажу, міни, дарування, довіреності);
- 2) видають свідоцтва про право на спадщину;
- 3) видають свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя;
- 4) видають дублікати нотаріальних документів, що зберігаються у справах уповноваженої особи органу юстиції.

Такі дії та документи є юридичними фактами (або засвідчують наявність відповідних юридичних фактів), що спрямовані на виникнення, зміну чи припинення права власності.

При цьому законодавець в більшості випадків ставить підвищені вимоги до юридичної вірогідності таких документів та дій.

Постає питання, чи здатні уповноважені особи органів юстиції, які не мають відповідної кваліфікації і не несуть особистої відповідальності за свої дії та складені документи забезпечити їх відповідність стандартним вимогам до такого типу документів, що встановлені міжнародними договорами, учасниками яких є Україна, у тому числі міжнародними договорами про надання допомоги у цивільних і сімейних справах.

Видається, що особи, які не мають найвищого рівня освіти, мають мінімальний стаж роботи у цій сфері та не склали кваліфікаційного іспиту не зможуть забезпечити належну якість документа і більше того, будучи посадовими особами органу державної влади, не нестимуть індивідуальної відповідальності за законність таких документів.

Пункт 6 “Основоположних принципи нотаріальної системи латинського типу” передбачає, що нотаріус є єдиним майстром з розробки своїх документів. У цьому відношенні він є єдиним автором. Він не поділяє цю відповідальність ні з ким. Оскільки нотаріус має право вільно приймати документ, не приймати його або вносити зміни, які він вважає належними за згодою сторін, і що відповідно до статті 16 “Правил етики та нотаріальної організації”, він повинен відмовитися від своїх послуг, коли дія суперечить законодавству або громадському порядку, або може ввести в оману третіх осіб та / або являє собою шахрайство по відношенню до закону, третьої сторони або органу державної влади - якщо нотаріус приймає документ, навіть якщо це стосується проектів чи чорнових варіантів, або якщо він надає автентичного характеру раніше складеному документу у простій формі без посвідчення у нотаріуса, він несе відповідальність за це, а отже, і є його автором.

Важливо відрізнити реєстрацію не нотаріального документа та підвищення рівня такого документа до нотаріально посвідченого. У першому випадку його існування просто констатується на момент реєстрації. У другому випадку, нотаріус повинен включити всі елементи - ідентифікацію, оцінку дієздатності та представництва, свідому згоду, контроль законності тощо - як це було б у випадку з автентичним документом, який він складав би у повному обсязі. Цей другий документ є єдиним, який може зберігати юридичну силу нотаріально посвідченого документа.

Необхідно також відрізнити складання документа від визнання його юридичної сили. Урочистого моменту, коли нотаріус своїм підписом надає документу значення автентичного документа, якщо він відповідає всім вимогам і містить усі елементи, передбачені законом. Цей документ стає автентичним з моменту підписання. Йдеться про акт повноважень, які випливають з характеру публічної посадової особи або особи, якій делегована публічна функція, якою держава наділяє нотаріуса, і яка дозволяє надавати документу якість суспільної довіри.

На відміну від інших фахівців у галузі права, нотаріус підписує документи, які він складає та надає їм законну силу, беручи на себе відповідальність, і, в той же час, надає їм значення суспільної довіри від імені держави.

Рішення № 7 Асамблеї нотаріатів - членів, що входять до складу Міжнародного союзу нотаріату (UINL - МСЛН), яка відбулася у Римі в листопаді 2005 року, передбачає, що основною умовою доступу до здійснення нотаріальної професії є наявність диплому про юридичну освіту. Стаття 5 Правил нотаріальної організації крім того вимагає, щоб нотаріус мав найвищу юридичну кваліфікацію своєї країни у сфері здійснення права та володів юридичними знаннями, необхідними для ефективного та належного контролю за законністю дій і документів, які йому доведеться посвідчувати.

Згадане вище Рішення у Римі від 2005 року визначає як важливу умову те, що нотаріальна функція має бути публічною та здійснюватися незалежно і неупереджено. Глава 1.2. Основоположних принципів нотаріату латинського типу доповнює цю вимогу наступним чином: «Нотаріальна функція є публічною функцією, а отже нотаріус має повноваження держави. Він виконує свою функцію неупереджено та незалежно, поза будь-якою державною ієрархією. Нотаріус завжди діє лише від імені держави, яка делегує йому свою функцію посвідчення справжності».

Таким чином, всі автентичні документи, складені нотаріусом, якщо зазначений нотаріус вносить до документа, який він складає, всі гарантії, які від нього вимагаються матимуть однакову юридичну силу та однакову здатність циркулювати на міжнародному рівні, як і документи, складені в інших країнах-членах МСЛН.

Натомість, документи, складені особами, які не є нотаріусами не мають відповідного статусу і не визнаються на міжнародному рівні.

Сутність нотаріату висвітлена у постанові Суду Європейських Співтовариств (Люксембург) від 26 березня 1987 р., у якій вказується, що нотаріуси не перебувають у будь-якій ієрархічній підпорядкованості стосовно органів державної влади і не є частиною системи державного управління. Вони здійснюють професійну діяльність за свій власний рахунок і під свою власну відповідальність, вільно організують умови своєї роботи в межах, встановлених законом, і отримують за це доходи.

У разі прийняття законопроекту головні управління юстиції, до компетенції яких відноситься контроль у сфері нотаріату, будуть призначати та звільняти уповноважених осіб органу юстиції, які є одночасно посадовими особами управління юстиції, що є конфліктом інтересів посадової особи, та вагомим чинником корупційних схем.

Слід наголосити, що оскільки уповноважені особи органів юстиції можуть бути призначені та звільнені головними управліннями юстиції за погодженням з Міністерством юстиції, це ставить їх у залежність від зазначених органів.

Такий стан речей *містить у собі істотні корупційні ризики*, які відсутні у випадку із нотаріальною діяльністю.

ЕКСПЕРТИ

Завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту
права ім. І. Малиновського,
канд. юрид. наук, доцент, адвокат

Т. В. Блащук

Доцент кафедри теорії та історії держави і права
Навчально-наукового інституту
права ім. І. Малиновського,
канд. юрид. наук, доцент, адвокат

С. І. Ішук

Доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту
права ім. І. Малиновського,
канд. юрид. наук, доцент, адвокат

Р. А. Лідовець

ПІДПИСИ: Блащук Т. В., Ішук С. І., Лідовець Р. А.
ПІДТВЕРДЖУЮ
НАЧАЛЬНИК ВІДДІЛУ
КАДРІВ НАУ "ОА"

