Курсова робота

З нотаріального права України

На тему: "Проблемні питання вчинення окремих нотаріальних дій"

Київ 2011 р.

План

Вступ

Розділ І. Порядок посвідчення договорів поділу й виділу майна, що є об’єктом спільної власності

1.1 Порядок виділу майна в натурі

1.2 Особливості поділу майна подружжя

Розділ ІІ. Посвідчення правочинів про відступлення прав за іпотечним договором

2.1 Сторони правовідносин при відступленні прав

2.2 Договір про відступлення прав

2.3 Форма договору про відступлення прав

2.4 Зміст договору про відступлення прав

Розділ ІІІ. Встановлення опіки над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, та особи, місце перебування якої невідоме

3.1 Установлення опіки над майном після ухвалення судом рішення

3.2 Установлення опіки над майном до ухвалення судом рішення

Розділ ІV. Особливості посвідчення та скасування довіреностей

4.1 Поняття та види представництва

4.2 Вимоги до осіб, які видають довіреності

4.3 Строкові та безстрокові довіреності

4.3 Припинення представництва - скасування довіреності

Висновки

Список використаної літератури

# Вступ

Сучасний правовий світ вже давно розділений на дві основні системи - континентальну (латинську) та англосаксонську. І якщо США справедливо вважають країною адвокатів, то в більшості європейських країн головним юристом традиційно є нотаріус. Саме він вирішує найнасущніші і щоденні юридичні питання населення. І таке ставлення до нотаріату є цілком виправданим, адже саме ця інституція існує не один десяток століть, а сама професія вважається історично другою юридичною посадою після судді. До речі, прообразами і передвісниками нотаріусів були писарі в Стародавньому Римі. Недарма в перекладі з латинського "нотаріус" - писар. До їх обов'язків входило не тільки складання різного роду послань і прохань, але і складання різних угод. Традиційно було дві категорії писарів: ті, хто перебували на державній службі, та ті, хто прислуговував приватним особам. Проте існувала і третя, особлива категорія осіб, зайнятих оформленням правових документів і матеріалів. Це - табеліони, які були вільними людьми і займалися складанням юридичних актів і судових паперів за винагороду і під контролем держави. Більше того, свої функції вони могли відправляти тільки в конторах. Через свою не чисельність табеліони були дуже шанованими та багатими людьми.

Поважною є професія нотаріуса і в сучасній Україні. Хоча вести мову про заможність українських нотаріусів можна далеко не завжди. Та й проблем у сучасних нотаріусів ще більш ніж досить. Чого лише варте, наприклад, дуже гостре питання стосовно квотування нотаріусів, яке раз-по-раз підіймається в певних юридичних колах. Свого часу був навіть зареєстрований проект Закону України “Про внесення змін до Закону України „Про нотаріат” (реєстр. № 5488 від 11 травня 2004 р.), яким пропонувалося доповнити діючий Закон України „Про нотаріат” новою ст.16-1 „Квоти нотаріусів”.

нотаріальний нотаріус посвідчення законодавчий

Разом з тим зазначимо, що, на думку багатьох юристів, визначення меж нотаріального округу лише за чисельністю населення є сумнівним, оскільки значна кількість нотаріальних дій здійснюється також юридичними особами.

Крім цього, чинний Закон України "Про нотаріат" морально застарілий і не відповідає сьогоднішнім реаліям. Практика вживання закону виявила штучність розділення нотаріусів на державних і приватних, до того ж далеко від досконалості державне регулювання діяльності приватних нотаріусів, що призводить до судових розглядів, як на Україні, так і за її межами. Але основна проблема нинішнього закону "Про нотаріат" полягає в тому, що він не погоджений з новими Сімейним і Цивільним кодексами, які набрали чинності з 1 січня 2004 року.

Проблемам законодавчого обґрунтування діяльності нотаріусів в Україні присвячено низку наукових статей вітчизняних науковців, зокрема Н. Абрамова, С. Васильєва, Д. Притики, М. Тітова, В. Гайворонського, В. Тертишнікова та ін., у яких автори дають характеристику окремим аспектам подальшого вдосконалення чинного законодавства. Проте, незважаючи на значення нотаріальної діяльності в сучасному праві України, ця сфера ще недостатньо досліджена. Існуючі публікації обмежуються збірниками нормативних матеріалів, а також роботами загального характеру. Проаонуємо у нашій курсовій вирішення окремих актуальних проблем нотаріальної практики.

# Розділ І. Порядок посвідчення договорів поділу й виділу майна, що є об’єктом спільної власності

# 1.1 Порядок виділу майна в натурі

Спільність майна, як правило, найповнішою мірою забезпечує інтереси подружжя. Проте в житті можуть траплятися ситуації, коли подружжя доходить висновку про припинення режиму спільності й поділ належного йому майна. У статті 69 СК України закріплюється право подружжя на поділ спільного майна або на виділ із нього певної частки.

У цивільному праві поняття "виділ" та "поділ" майна не є тотожними, хоча як у першому, так і в другому випадку йдеться про відносини спільної власності. Спільна власність означає право двох або більше осіб (співвласників) стосовно одного об’єкта (спільного майна) (ч.1 ст.355 ЦК України). У свою чергу поділ майна означає припинення права спільної власності й виникнення на його основі права власності кожного з колишніх співвласників на окреме майно. Наприклад, подружжя вирішило у зв’язку з припиненням шлюбу поділити все спільне майно, розподіливши між собою окремі речі. Після такого поділу кожна зі сторін стає одноособовим власником певного майна, а відносини права спільної власності припиняються. Виділ майна означає виокремлення певної частки майна із загальної маси спільного майна співвласників та збереження в частці, що залишилася, права спільної власності двох або більше осіб. Наприклад, подружжя може домовитися, що дачний будинок, який було набуто за час шлюбу, буде виділено зі спільного майна подружжя і передано у власність дружини. За таких обставин режим спільності щодо всього майна подружжя зберігається, окрім окремої речі, яка виділяється.

Поділ та виділ майна можуть здійснюватися в добровільному порядку.

У цивільному законодавстві встановлено загальні правила:

а) майно, що є в спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками за домовленістю між ними (ч.1 ст.372 ЦК України);

б) співвласники мають право на виділ у натурі частки з майна, що є в спільній сумісній власності (ч.1 ст.370 ЦК України). У разі поділу майна або виділу частки з майна, що є в спільній сумісній власності, вважається, що частки кожного зі співвласників у праві спільної сумісної власності є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду (ч.2 ст.370, ч.2 ст.372 ЦК України).

# 1.2 Особливості поділу майна подружжя

Новий СК України вперше чітко визначає два види договорів подружжя:

а) договір про поділ подружнього майна;

б) договір про виділ майна одному з подружжя (дружині або чоловікові) зі складу всього майна подружжя (ч.2 ст.69 СК України).

Такі договори можуть укладатися стосовно будь-якого майна. Закон лише визначає, що коли предметом договору є нерухоме майно, такий договір має бути нотаріально посвідчений. В усіх інших випадках форма договору визначається за загальними правилами, встановленими нормами цивільного законодавства до форми правочинів (ст. ст. 205-210 ЦК України). У практиці відомі непоодинокі випадки нотаріального посвідчення договору про поділ майна подружжя навіть у випадках, коли законїї не вимагає, наприклад, при поділі рухомих речей меблевих гарнітурів, предметів домашнього вжитку, аудіо-, відеоапаратури тощо). Подружжя за власним бажанням звертається до нотаріуса для надання більшої вірогідності договору про поділ майна. Законодавство не забороняє такі дії. Подружжя, як і будь-які інші фізичні особи, вправі нотаріально посвідчити будь-який договір (ч.1 ст. 209 ЦК України, ч.1 ст.54 Закону України "Про нотаріат").

Не викликає сумнівів, що поділ майна подружжя або виділ із нього частки мають здійснюватися лише шляхом укладення дружиною та чоловіком відповідного договору. Проте в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України вказано, що нотаріус на підставі письмової заяви подружжя видає одному або кожному з них свідоцтво про право власності на частку в спільному майні, набутому ними за час шлюбу (п.239). Аналогічне положення містилося в попередній редакції Інструкції (п.126). Це положення Інструкції суперечить чинному законодавству й не може застосовуватися. Кожна дія, яка спричиняє виникнення певних правових наслідків, має відповідну юридичну кваліфікацію. Як поділ, так і виділ майна подружжя не можуть бути кваліфіковані інакше, ніж двосторонній правочин (договір), тобто погоджена дія двох сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов’язків (ч.1 ст. 202, ч.1 ст.626 ЦК України). Письмова заява подружжя про видачу свідоцтва про право власності на частку в спільному майні - це певною мірою завуальований договір про поділ майна. Протягом багатьох років саме таким чином (а не шляхом укладення договору) оформлювалися дії подружжя. Це пояснюється загальним ставленням до договорів у сімейному праві, яке панувало за радянських часів. Про договори подружжя було прийнято згадувати лише в окремих випадках, коли цього не можна було уникнути. Подання заяви про видачу свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя не вписується в загальну систему юридичних фактів, до яких належить будь-яка дія цивільно-правової природи. До неї входять правочини як правомірні дії, спрямовані на виникнення, зміну чи припинення прав та обов’язків сторін. Окрім правочинів (зокрема, договорів) не існує правомірних дій, які б визначалися іншою назвою. Немає в такій системі місця і заявам подружжя про видачу свідоцтва на право власності. Коли подружжя звертається до нотаріуса, то сторони висловлюють свою узгоджену волю на настання відповідних правових наслідків, до яких вони прагнуть: припинення спільної сумісної власності й набуття права власності кожним із них на певне майно. Така правомірна дія може мати лише одну назву - двосторонній правочин (договір). Якщо, наприклад, нотаріально посвідчується договір купівлі-продажу будинку, сторони не звертаються до нотаріуса із заявою про видачу покупцю свідоцтва про право власності на будинок, а підписують відповідний договір. Така ж сама ситуація виникає в разі поділу майна подружжя або виділу з нього частки.

Тому абсолютно правомірним є те, що новий СК прямо визначає домовленості подружжя щодо поділу їхнього майна або виділення з нього частки договорами. Поділ та виділ нерухомого майна подружжя мають оформлюватися лише в вигляді відповідного нотаріально посвідченого договору, а не шляхом видачі свідоцтва про право власності на майно. Положення Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України й раніше в суворому розумінні не відповідало закону. Сьогодні ж питання щодо цього взагалі не повинно виникати, оскільки в законі закріплено пряме визначення поділу та виділу майна як різновидів подружніх договорів (ст.69 СК України).

Не може порушити цей висновок і та обставина, що в ст. 19 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" серед підстав для державної реєстрації прав, що посвідчують виникнення, перехід, припинення речових прав на нерухоме майно названо свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя. Узагалі ст. 19 зазначеного Закону не відзначається досконалістю. З одного боку, вона містить застарілі положення (зокрема, щодо реєстрації договорів на біржах або видачі свідоцтв про право на частку в майні подружжя), а з іншого - не включає різні види нових договорів, які пов’язані з відчуженням нерухомого майна (наприклад, договір ренти, спадковий договір, договір про поділ майна подружжя тощо). Це свідчить про необхідність зміни ст. 19 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" та врахування в ній положень нового законодавства. Зокрема, у цій статті Закону замість указівки на свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя треба вказати, що підставою для реєстрації речових прав на нерухоме майно є договір подружжя про поділ майна, котре належить дружині й чоловікові на праві спільної сумісної власності, або договір про виділ частки зі складу майна подружжя.

Зрозуміло, що договори про виділ частки зі складу майна подружжя або про поділ подружнього майна можуть укладатися лише в тому разі, коли дружина й чоловік є живими. Якщо ж один із подружжя помер, то другий із подружжя (той, який його пережив) може звернутися до нотаріуса із заявою про видачу свідоцтва про право власності на майно. Тому з подружжя, який пережив померлого, належить одна друга частка в праві власності на спільне майно подружжя (ст. ст.60, 70 СК України). Якщо інші особи, зокрема спадкоємці померлого, оспорюють факт належності другому з подружжя половини набутого за час шлюбу майна, то такий спір має розглядатися в суді за загальними правилами.

Договір подружжя про поділ належного їм майна можна розглядати як сімейно-правовий договір, який є двостороннім і консенсуальним. Аналогічною є правова природа договору про виділ одному з подружжя частки в спільному майні. Умови поділу майна подружжя або виділу з нього частки можуть бути передбачені в спеціальному договорі про поділ майна або визначатися у шлюбному договорі подружжя. Різниця між цими договорами полягає в тому, що предметом договору про поділ є майно, яке вже належить подружжю на праві спільної власності, тоді як умови шлюбного договору можуть стосуватися майна, яке подружжя придбає в майбутньому і яке є відсутнім на момент укладення договору. У зв’язку з цим умови шлюбного договору можуть мати менш визначений характер і моделюватися за принципом умовних правочинів (… якщо за час шлюбу сторони одержать за договором купівлі-продажу автомобіль, то в разі його поділу частка дружини у праві на це майно становитиме ⅔, а чоловіка - ⅓). Якщо в майбутньому виникне необхідність поділу майна подружжя, то сторони мають керуватися шлюбним договором за виключенням випадків, які передбачені законом, зокрема (ст. ст.102, 103 СК України).

У договорі про поділ майна подружжя сторони можуть дійти згоди щодо розміру часток кожного з них у праві на майно та про спосіб його поділу. В цілому, способи поділу майна, що встановлюються в договорі, схожі з тими, що застосовуються судами при виникненні майнового спору між подружжям (ст.71 СК України). Так, у договорі дружина й чоловік можуть розподілити речі між собою з урахуванням їх вартості й частки кожного з них у спільному майні; передати майно в натурі одному з подружжя, з покладанням на нього обов’язку компенсувати іншому з них його частку грошима; розділити майно в натурі, якщо це можливо без шкоди для його господарського призначення. Сторони можуть також продати річ та розділити між собою отриману суму. Чинним сімейним законодавством не передбачений такий спосіб поділу подружнього майна. Проте він не суперечить закону, тому може бути включений до шлюбного договору. Необхідність у продажу спільного майна може виникнути в випадку, коли йдеться про цінне майно, що не підлягає поділу в разі відсутності в того з подружжя, хто одержує річ, можливості компенсувати другому з подружжя його частку грошима. У зв’язку з неможливістю її реального поділу доцільним може бути продаж такого майна та поділ між сторонами одержаної суми. Дружина й чоловік можуть за домовленістю застосувати й комбінований спосіб поділу майна: деякі речі можуть бути поділені між ними в натурі, інші реалізовані з поділом одержаної суми, треті розподілені між подружжям тощо.

# Розділ ІІ. Посвідчення правочинів про відступлення прав за іпотечним договором

Відступлення (передання) прав тягне за собою заміну кредитора в зобов’язанні, яку ще називають цесією. ЦК України присвячує цьому питанню ст. ст.512-519, спеціальні норми містяться у ст. ст.24, 42 Закону України "Про іпотеку", ст. ст.10, 13, 18, 21, 32 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю".

# 2.1 Сторони правовідносин при відступленні прав

Оскільки право вимоги належить іпотекодержателеві, то саме він й може їх відступити. Внаслідок вторинності іпотечних правовідносин, у випадку заміни сторони первинного зобов’язання, яке було забезпечено іпотекою, одночасно мають відступатися й права іпотекодержателя (кредитора за основним зобов’язанням). Права кредитора можуть переходити також при виконанні зобов’язання боржника його поручителем. Згідно зі ст.42 Закону України "Про

Іпотеку" за боржника може виконати основне зобов’язання майновий поручитель чи наступний іпотекодержатель, який вважається особою, на користь якої здійснене відступлення прав попереднього іпотекодержателя за іпотечним договором.

Права заставодержателя щодо зобов’язання можуть перейти до іншої особи й при реорганізації юридичної особи (кредитної організації, що видала іпотечний кредит) у формі злиття, приєднання, перетворення або поділу, а також при виділі з однієї юридичної особи іншої, яка набуде відповідних прав як правонаступник (ст.109 ЦК України). Утім, при цьому договору про відступлення не укладається, а перехід прав відбувається з інших підстав.

Складнощі, які виникають при визначенні сторін цесії, викликані специфікою предмета іпотеки при зведенні будинку. Згідно зі ст.5 Закону України "Про іпотечне кредитування" іпотекодавцем за таким іпотечним договором може бути забудовник або особа, власністю якої стане ця нерухомість після завершення будівництва. Їх правове становище в сукупності правовідносин різниться внаслідок різних об’єктів, які їм належать.

За статтєю 10 цього ж Закону забудовник має майнові права на нерухомість, що є об’єктом будівництва. Відповідно, він у визначених випадках має відступити управителю саме ці права. Майнові ж права особи, яка взяла кредит у банку і вступила до відносин із ФФБ - це майнове право вимагати передання їй квартири у власність, яке вона може відступити. Отже, і забудовником, і учасником ФФБ можуть укладатися договори відступлення прав, але кожним своїх. Тобто, це будуть різні права, а значить, різні договори.

Ще один договір відступлення прав може мати місце між управителем та довірителями. Статтєю 13 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми…" передбачене передання управителем довірителям, які повністю проінвестували закріплені за ними об’єкти інвестування, майнових прав на ці об’єкти інвестування за договором про відступлення майнових прав. Тобто, умовами укладення цих договорів є: (а) завершення будівництва, (б) повна сплата довірителями сум, визначених договором між ними та управителем; (в) закріплення конкретних об’єктів за конкретними особами - довірителями.

# 2.2 Договір про відступлення прав

Відступлення прав відбувається шляхом укладення договору, предметом якого стануть майнові права або права майнової вимоги. Згідно зі ст.10 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" укладається договір відступлення майнових прав на нерухомість, яка є об’єктом будівництва, з відкладальними умовами. Такою відкладальною умовою буде ризик невиконання забудовником своїх зобов’язань перед управителем. У випадку якщо управитель убачить такий ризик, забудовник зобов’язаний відступити управителеві майнові права. Відповідно до частини 2 ст.21 указаного Закону управитель ФФБ має право надати довірителю послуги щодо відступлення права вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам до запланованої дати введення об’єкта будівництва в експлуатацію. Втім, довіритель ФФБ, який отримав кредит для участі у ФФБ та забезпечив іпотекою виконання своїх зобов’язань за угодою про іпотечний кредит, до моменту повного виконання зобов’язань за вказаною угодою не може поступитися правом вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам (ст.50 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю"). А заміна управителя ФФБ ст.23 вказаного Закону допускається без обмежень і без зазначення причин для такої заміни.

# 2.3 Форма договору про відступлення прав

За статтєю 513 ЦК України правочин щодо заміни кредитора в зобов’язанні вчиняється в такій самій формі, що й правочин, на підставі якого виникло зобов’язання, право вимоги за яким передається новому кредиторові. Правочин щодо заміни кредитора в зобов’язанні, яке виникло на підставі правочину, що підлягає державній реєстрації, має бути зареєстрований у порядку, визначеному для реєстрації цього правочину, якщо інше не встановлено законом. Правочин про відступлення прав за іпотечним договором так само підлягає нотаріальному посвідченню, згідно з ч.3 ст.24 Закону України "Про іпотеку". Відомості про таке відступлення підлягають державній реєстрації у встановленому законом порядку. За статтями 19 та 23 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" в якості документу, що вимагається для державної реєстрації прав на нерухоме майно, названо договір про іпотеку.

Загальною умовою, що висувається для здійснення цесії, є повідомлення боржника про заміну сторони в зобов’язанні, якщо інше не встановлено іпотечним договором або законом (ст.516 ЦК України та ст.24 Закону України "Про іпотеку"). Форма такого повідомлення законом не встановлюється, а отже не обов’язково це буде нотаріально посвідчена заява. Повідомлення або заява не є договором, і тому на їх форму не поширюється вимога про нотаріальне посвідчення.

# 2.4 Зміст договору про відступлення прав

Оскільки іпотекодержатель має право передати свої права за договором про іпотеку іншій особі, то його права переходять до нового кредитора в тому ж обсязі і на тих самих умовах, що існували до моменту такого переходу, якщо інше не передбачено законом або договором. Зміна особи в зобов’язанні не змінює його сутності. Змінюється лише особа, на користь якої іпотекодавець має виконати зобов’язання, забезпечене іпотекою (ст.514 ЦК України). Випадки обов’язкового укладення договору про цесію заставодавцем і заставодержателем:

згідно зі ст.23 Закону України "Про заставу" - при реалізації заставних прав, тобто вже після прострочення боржника;

уступка можлива і протягом строку дії договору застави, тому що згідно зі ст.27 Закону України застава зберігає силу і у випадках, коли у встановленому законом порядку відбувається уступка заставодержателем забезпеченої заставою вимоги іншій особі. Також про уступку прав заставоутримувача мова йде в ст.24 Закону України "Про іпотеку". Тобто, йдеться про можливість відступлення прав заставодержателя (іпотекодержателя) під час існування договору, забезпеченого заставою (іпотекою) у його непорушеному стані;

нарешті, цей договір згідно з ч.3 ст.10 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" укладається одночасно з договором між управителем і забудовником, а тому - одночасно і з договором іпотеки. Втім, оскільки цей договір є умовним правочином, то права та обов’язки (тобто, виконання договору) розпочинаються за наявності вказаної в ньому умови - ризику невиконання обов’язків забудовником. Отже, на відміну від звичайних договорів про відступлення прав, які мають самостійний характер та існують незалежно від інших договорів, відступлення при іпотеці (зокрема, коли має місце фінансування під отримання у власність квартири) має забезпечувальний характер і безпосередньо пов’язано навіть не з одним, а з кількома договорами. Так, забудовник одночасно укладає з управителем договір про співробітництво, який є основним договором, договір іпотеки і договір про відступлення прав. Хоча остання домовленість може містися і в угоді між управителем та забудовником (ст.10 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю").

До того ж, згідно з ч.3 ст.10 цього Закону укладається ще й договір доручення з відкладальними умовами, за яким управителю в разі порушення забудовником умов угоди доручається виконувати функції забудовника, у тому числі шляхом передоручення цих функцій іншим особам. При цьому забудовник на час дії угоди має право надавати безвідкличну довіреність управителю на право делегування третім особам функцій забудовника в разі порушення останнім умов угоди з управителем.

У статті 23 Закону ｫПро заставуｻ вказується, що заставодержатель набуває право вимагати в судовому порядку переведення на нього заставленого права в момент виникнення права звернення стягнення на предмет застави. Тобто, йдеться про цесію вже після прострочення боржника, а не в момент укладання договору застави.

# Розділ ІІІ. Встановлення опіки над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, та особи, місце перебування якої невідоме

За чинним цивільним законодавством, опіка над майном може встановлюватися нотаріусом у двох випадках:

1) особа оголошена безвісно відсутньою за рішенням суду (ч.1 ст.44 ЦК України);

2) місце перебування особи невідоме, до ухвалення рішення про визнання її безвісно відсутньою (ч.2 ст.44 ЦК України).

На випадки встановлення нотаріусом опіки над майном правила ч.1 ст.74 ЦК України щодо встановлення опіки над майном органом опіки й піклування не поширюються.

# 3.1 Установлення опіки над майном після ухвалення судом рішення

Після набуття рішенням суду законної сили, нотаріус за останнім місцем проживання безвісно відсутньої особи, за заявою заінтересованої особи описує належне майно та встановлює над ним опіку. Особа, яка звертається до нотаріуса з проханням установити опіку над майном, подає йому відповідну заяву, копію рішення суду, документи, які підтверджують право власності безвісно відсутньої особи на майно, у разі необхідності - документи, які підтверджують родинні зв’язки заявника та безвісно відсутньої особи, інші документи. Нотаріус, перевіряючи подані документи, вивчає питання, чи немає перешкод у встановленні опіки над майном. Зокрема, чи відповідає особа вимогам, що висуваються до опікунів ЦК України та Правилами опіки й піклування, затвердженими наказом Державного комітету України у справах сім’ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров’я України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26 травня 1999 року, іншими актами законодавства України. Після вчинення вказаних дій, перевірки дієздатності майбутнього опікуна, наявності його письмової згоди нотаріусом видається Свідоцтво опікуна над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, за формою № 17, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 10 січня 2005 року2. Свідоцтво дає право опікуну над майном безвісно відсутньої особи приймати виконання цивільних обов’язків на її користь, отримувати належні їй платежі, погашати за рахунок її майна борги, управляти цим майном в її інтересах.

Відповідно до ч.3 ст.39 ЦПК України опікун захищає права, свободи й інтереси особи, яка визнана безвісно відсутньою. Опікун над Майном може на підставі Свідоцтва представляти інтереси безвісно відсутньої особи в суді.

При вирішенні питання про встановлення опіки над майном нотаріус проводить огляд майна, складає його опис та передає опікуну на зберігання. Складання опису майна, над яким установлюється опіка, здійснюється за правилами, установленими для вжиття заходів з охорони спадкового майна (розд.20 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). Опис проводиться нотаріусом, який видав Свідоцтво опікуна над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або за його дорученням іншим нотаріусом. Після складання акта опису майна нотаріус призначає охоронця цього майна та передає йому майно на зберігання. Охоронцем може бути призначено опікуна над майном особи, яка визнана безвісно відсутньою, однак не виключається і призначення охоронцем іншої особи. По закінченні складання акта опису один його примірник видається нотаріусом охоронцеві. Якщо згодом певне майно виключається з акта опису, на останньому робиться напис, у якому за підписом нотаріуса, інших осіб, що підписали акт опису, указується перелік вилучених речей. Цей напис скріплюється печаткою нотаріуса.

У випадку появи особи, яка була визнана безвісно відсутньою, або одержання відомостей про місце її перебування, суд за заявою цієї особи або іншої заінтересованої особи скасовує рішення про визнання фізичної особи безвісно відсутньою (ст.45 ЦК України). У цьому разі нотаріус, який установив опіку над майном, за заявою відповідної особи знімає з майна опіку.

# 3.2 Установлення опіки над майном до ухвалення судом рішення

Установлення опіки над майном можливе й до ухвалення судом відповідного рішення в випадку, коли місце перебування особи невідоме.

Нотаріусу повинні бути подані докази на підтвердження цього факту (довідки з останнього місця проживання такої особи тощо). Цивільне законодавство не пов’язує можливість установлення опіки над майном із тим, чи подана заява про визнання особи безвісно відсутньою до суду, чи прийнята вона судом до розгляду, тому нотаріус може встановити опіку над майном і до подачі заяви до суду. Ініціювати перед нотаріусом установлення опіки над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, можуть зацікавлені особи або орган опіки й піклування.

Відповідно до ст.248 ЦПК України при підготовці до розгляду справи про визнання фізичної особи безвісно відсутньою суд через органи опіки й піклування вживає заходів щодо встановлення опіки над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, якщо опіку над майном іще не встановлено. Отже, суд має право при підготовці цивільної справи до розгляду звернутися до органу опіки й піклування з пропозицією ініціювати питання про встановлення опіки над майном у нотаріальному порядку. Якщо опіку над майном уже встановлено, нотаріус або орган опіки й піклування інформують про цю обставину суд для врахування при розгляді справи. Можливість установити опіку над майном особи, місце перебування якої невідоме, може бути використано зацікавленими особами для захисту її охоронюваних законом майнових інтересів у ситуації, коли не сплив установлений цивільним законодавством строк, який дає право визнати фізичну особу безвісно відсутньою в судовому порядку.

Відповідно до ч.1 ст.43 ЦК України фізична особа може бути визнана судом безвісно відсутньою, якщо протягом одного року в місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування. До спливу цього строку унеможливлюється визнання фізичної особи безвісно відсутньою судом, саме тому виникає потреба у встановленні нотаріусом опіки над майном особи.

При встановленні опіки над майном особи, місце перебування якої невідоме, нотаріус призначає опікуна, видає йому Свідоцтво опікуна над майном, проводить опис майна та складає акт опису в такому самому порядку, що й при призначенні опіки над майном особи, визнаної безвісно відсутньою в судовому порядку. Нормативно-правові акти Міністерства юстиції України окремо не встановлюють форму Свідоцтва опікуна над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, тому для цього може бути використане, з відповідним корегуванням,

Свідоцтво опікуна над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою (форма № 17, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 10 січня 2005 року).

У випадку появи особи, місце перебування якої було невідоме, встановлення місця її перебування або ж відмови суду в задоволенні заяви про визнання особи безвісно відсутньою опіка над майном цієї особи припиняється.

# Розділ ІV. Особливості посвідчення та скасування довіреностей

# 4.1 Поняття та види представництва

За ЦК України існують три види представництва: договірне, законне та з акта органу юридичної особи (ч.1 ст.237). Представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю (ч.2 ст.244 ЦК України), а представництво за довіреністю може ґрунтуватися на акті органу юридичної особи (ч.2 ст.244 ЦК України). З наведених норм випливає наявність певного співвідношення понять "представництво" та "довіреність", а також спостерігається деякий зв’язок між видами представництва й довіреністю. Це впливає на те, які документи надаються нотаріусу для посвідчення довіреностей.

По-перше, представництво - це правовідношення (ч.1 ст.237 ЦК України), а довіреність - документ (ч.3 ст.244 ЦК України). По-друге, договірне представництво виникає на підставі договору. Цим договором є договір доручення (гл.68 ЦК України) або транспортного експедирування (ст. ст.929, 930 ЦК України). Видача довіреності довірителем є обов’язковою (ч.1 ст.1007 ЦК України). Договір управління майном не є підставою для видачі довіреності, адже управитель діє у відносинах з третіми особами від власного імені (ч.1 ст.1029, ч.4 ст.1033 ЦК України). Не можна посвідчувати довіреність для здійснення підприємницької діяльності (у тому числі припинення підприємницької діяльності), оскільки підприємницька діяльність здійснюється лише діями самого підприємця (ст.42 ГК України). По-третє, довіреність видається однією особою (довірителем) іншій особі (повіреному), тому видача довіреності є одностороннім правочином, вона підписується тільки довірителем, а договір доручення - довірителем та повіреним. По-четверте, зміст довіреності має відповідати змісту договору доручення. Довіреність адресується третім особам, і в разі розбіжностей між повноваженнями представника, викладеними в довіреності, від повноважень повіреного, викладених у договорі, при виникненні спору береться до уваги текст довіреності. По-п’яте, надання договору доручення при зверненні до нотаріуса за посвідченням довіреності не є обов’язковим, оскільки (а) наявність письмової форми договору доручення залежить від суб’єктного складу й суми договору (ст. 208 ЦК України); (б) гл.68 ЦК України не містить спеціальних вимог до форми договору доручення; (в) сторони правочину можуть обирати форму правочину за відсутності імперативних приписів закону з цього приводу (ст. 205 ЦК України); (г) недодержання сторонами письмової форми правочину, установленої законом, не має за наслідок його недійсність, крім випадків, установлених законом (ч.1 ст.218 ЦК України). По-шосте, підґрунтям для видачі довіреності може бути не лише договір, а й акт органу управління юридичної особи. Наприклад:

(а) рішення загальних зборів ТОВ або АТ про створення філії або представництва і призначення керівників цих структурних підрозділів, яким видається довіреність;

(б) рішення правління про вповноваження члена правління виступити від імені юридичної особи, який зовні діятиме на підставі довіреності;

(в) видача довіреностей керівником юридичної особи працівникові на здійснення тих чи інших дій від імені юридичної особи.

У деяких юридичних осіб немає органів управління (наприклад, у повного та командитного товариств). У цьому разі довіреність видають особи, уповноважені діяти від імені повного та командитного товариств згідно із засновницьким договором або меморандумом (ст.122, ч.3 ст.134, ст.136 ЦК України).

Окремо слід указати на те, що в випадку видачі особою безвідкличної довіреності мають бути з’ясовані підстави для цього, адже в ч.4 ст.249 ЦК

України можливість видачі такої довіреності пов’язується зі встановленням цього в законі.

# 4.2 Вимоги до осіб, які видають довіреності

Ці вимоги випливають із загального правового регулювання дієздатності осіб (ст. ст.30, 32, 34, 35 ЦК України) та множинності осіб у зобов’язаннях. Якщо йдеться про довіреність, засновану на договірному представництві (а, як відомо, сторонами договору є кредитор і боржник), то довіреність видає кредитор - довіритель у договорі доручення та клієнт у договорі експедирування. Зазвичай довіреність може видавати повнолітня фізична особа або особа, яка набула повного обсягу дієздатності з підстав, викладених у ст.35 ЦК України. В останньому разі нотаріусові слід затребувати документи, що підтверджують набуття такою особою дієздатності в повному обсязі. Ними можуть бути свідоцтво про державну реєстрацію в якості підприємця, свідоцтво про реєстрацію шлюбу, рішення органу опіки й піклування або рішення суду про надання повної цивільної дієздатності кількох позивачів чи відповідачів у суді одним представником. І хоча останнє є інститутом не цивільного права, а цивільного процесу, все одно нотаріуси часто відмовляють у посвідченні довіреностей від імені кількох осіб.

Із цього приводу слід указати на таке. Як і багато інших проблем, породжених недосконалістю українського законодавства, цю проблему нотаріусам слід розв’язувати, не прямолінійно застосовуючи ч.3 ст.244 ЦК України, а в контексті інших статей ЦК України та поняття договірного представництва. Лише на перший погляд здається, що відмова нотаріуса в посвідченні довіреностей від імені декількох осіб є обґрунтованою, бо іншого варіанту ч.3 ст.244 ЦК України і не надає. Насправді ж така відмова порушує численні інші норми ЦК України, обмежуючи осіб в укладенні цілої низки договорів.

Множинність довірителів не виключається за договором доручення та експедирування, але більше того - це завжди має місце в випадках видачі довіреності одному з учасників: (а) повного товариства (ч.1 ст.122 ЦК України), якому інші учасники доручають ведення справ товариства; (б) договору про спільну діяльність (простого товариства) - ч.2 ст.1135 ЦК України; спільної власності, які мають здійснювати свої права за взаємною згодою (ст. ст.358, 369 ЦК України), що досягається реалізацією повноважень щодо єдиного об’єкта їхнього спільного права або всіх разом, або шляхом видачі довіреності одному з них щодо права діяти від імені всіх (ч.3 ст.369 ЦК України). Нотаріус не має права заблокувати укладення всіх позначених вище договорів, посилаючись на ч.3 ст.244 ЦК України.

За статтею 58 Закону України "Про нотаріат" довіреності можуть складатися від імені однієї або кількох осіб, на ім’я однієї або декількох осіб. Тому й довіреності можуть видаватися: (а) кількома особами; (б) на кількох осіб; (в) декільком різним особам за різними довіреностями на здійснення одних і тих самих дій. Це правило беззаперечне, і тому нотаріус не може відмовляти в посвідченні довіреності, виданої кількома особами.

# 4.3 Строкові та безстрокові довіреності

За відсутності в ст.247 ЦК України обмежень щодо строку довіреності особа, яка видає довіреність, на власний розсуд вирішує питання стосовно її строку або взагалі може такий строк не позначати (іноді таку довіреність називають безстроковою). Нотаріуси не мають права примушувати особу вказувати строк дії довіреності. Проте якщо довіреність є безвідкличною, то в ній має бути зазначений строк на виконання вимог ч.4 ст.249 ЦК України особам, які записані матір’ю або батьком дитини або які працюють за трудовим договором. У договірних правовідносинах може існувати множинність осіб (ч.2 ст.510 ЦК України), як представників, так і тих, хто їх уповноважує. Тобто, договір доручення може укладатися між довірителем і декількома повіреними або декількома довірителями з одним повіреним, бо заборони на це ЦК України не містить. Інакше це суперечило б можливості виникнення договірних відносин, в яких має місце декілька довірителів, котрі зобов’язані видати довіреність згідно зі ст.1007 ЦК України. Разом із тим на практиці постає питання про те, як це співвідноситься з ч.3 ст.244 ЦК України, в якій зазначається, що довіреність видається однією особою іншій особі. Особливо це актуально в разі представництва. Довіреності, строк яких не встановлено, мають зберігатися нотаріусом до їх скасування та необхідний строк після цього, скільки б часу не сплинуло з моменту видачі довіреності.

Разом із тим важливим є початок перебігу строку дії довіреності (навіть, якщо він не визначений). У ч.3 ст.247 ЦК України міститься чітка вимога щодо обов’язковості позначення дати складання цього документа. Строк довіреності, виданої в порядку передоручення, не може перевищувати строку основної довіреності, на підставі якої вона видана (ч.2 ст.247 ЦК України). Якщо ж у довіреності строк не встановлено, то й передоручення за нею можливе на невизначений строк, тобто в довіреності, що видається в порядку передоручення, строк її дії не обов’язково повинен зазначатися.

Ураховуючи пов’язаність довіреності й договору, слід зауважити, що здійснення представником повноважень залежить від його волі: він має право діяти або відмовитися від дій (п.3 ч.1 ст.246, п.1 ч.1 ст.1008 ЦК України). Довіреність не породжує в представника повноважень, доки він своєю волею не прийме довіреність, а отже, погодиться виконати повноваження.

Вимог щодо встановлення факту прийняття довіреності ЦК України не містить. Проте оскільки довіреність видається на виконання договору доручення виходить, що представник погодився виконувати повноваження, передбачені договором.

# 4.3 Припинення представництва - скасування довіреності

Довіреність, яка видається на підставі договору доручення і безпосередньо пов’язана з ним, не може існувати після припинення дії цього договору. Тобто: не існує договору - не існує і довіреності. Підставами припинення дії довіреності є:

зазначені в ст. ст.1008, 609 і 248 ЦК України;

припинення зобов’язань виконанням (ст.599 ЦК України), коли після виконання договору доручення повірений уже не повинен мати повноважень, бо вони ним здійснені, а відтак, довіреність також повинна втрачати юридичну силу. Проте як поводитися з довіреністю в такому випадку ЦК України не визначає. Оскільки довіреність і договір, що слугував підставою її видачі, є різними правовими конструкціями, хоча й тісно пов’язаними між собою, вони не взаємодіють автоматично. Тому аби запобігти негативним наслідкам, довіритель має скасувати довіреність, видану на виконання договору доручення, бо його волі, що булла зафіксована в довіреності, уже, по суті, не існує, адже її втілено в ті наслідки, яких він бажав досягти, уповноважуючи повіреного (представника).

Скасування довіреності є правочином, який здійснюється на власний розсуд особою, котра видала довіреність. При цьому не вимагається ніяких підстав для цього, які слід було б доводити. Між тим слід мати на увазі вимогу ч.2 ст.249 ЦК України про необхідність повідомлення представника про скасування довіреності для запобігання наслідків, передбачених ч.3 цієї ж статті. Утім, це вже є обов’язком самої особи, яка видала довіреність, нотаріус лише може поінформувати її про це. Виключення становить випадок, коли повірений діє як підприємець. Тоді сторона, яка відмовляється від договору, має повідомити другу сторону про відмову від договору не пізніш як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлений договором (ч.3 ст.1008 ЦК України). У цьому разі нотаріусу надаються відповідні дані, підтверджуючі виконання цього обов’язку. Безвідклична довіреність не може бути скасована (ч.1 ст.249 ЦК України).

Представництво за довіреністю припиняється в випадку смерті особи, яка її видала (п.5 ч.1 ст.248 ЦК України), тому представник не має права розпоряджатися коштами, що знаходяться на її рахунку. Якщо в договорі про відкриття рахунку вказано особу, яка має на це право, стають чинними правила про спадкування (ст.1228 ЦК України).

# Висновки

Таким чином на підставі всього викладеного вище можна зробити висновок, що на сьогодні діяльність нотаріусів в Україні потребує досить значних змін, що сприятимуть наближенню нашого нотаріату до країн латинського типу, крім того надасть можливість швидко і законодавчо правильно вчиняти певні нотаріальні дії для посвідчення юридичних фактів громадян, що в свою чергу зменшить кількість судових спорів з приводу законності таких дій. Практика нотаріальної діяльності засвідчила штучність поділу нотаріату на державних нотаріусів та приватних, виявила соціальні, економічні та юридичні непорозуміння в адміністративно-правовому регулюванні діяльності приватних нотаріусів, особливо на підзаконному рівні, що призвело до суттєвих проблем у роботі приватних нотаріусів, зростання скарг громадян, створення криміногенних ситуацій та інших негативних явищ. Нагальними питаннями, що потребують вирішення, залишаються завершення процесу реформування нотаріату в Україні в межах континентального права і запровадження єдиного нотаріату відповідно до нових правових, економічних, соціальних і політичних умов. Впорядкування інституту представництва в нотаріальному законодавстві - одне з основних проблемних питань нотаріальної теорії та практики, вирішення якого має здійснюватись узгоджено і враховувати положення цивільного права, цивільного та нотаріального процесів. Довіреність та інститут представництва в нотаріальному процесі неадекватні цивільному законодавству, неоднозначне сприймаються і відтворюються в чинному Законі України "Про нотаріат", а в юридичній практиці та самому ЦК існують лексичні неузгодженості. Нотаріальна процедура має бути більш узгодженою з діяльністю інших юрисдикційних органів та посадових осіб, а саме: суддів, посадових осіб органів реєстрації прав на нерухоме майно, державних виконавців, прокурорів, перекладачів тощо.

# Список використаної літератури

1. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - № 18, N 19-20, N 21-22. - Ст.144.
2. Господарсько-процесуальний кодекс // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 6. - Ст.56.
3. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - №№ 40-44. - Ст.356.
4. Закон України "Про нотаріат" // Відомості Верховної Ради України. - 1993. - № 39.
5. Закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців" // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - № 31-32. - Ст.263.
6. Закон України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" // Відомості Верховної ради України. - 1996. - № 51. - Ст. 192.
7. Закон України "Про заставу" // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 47. - Ст.642.
8. Інструкція "Про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України", затверджена наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5 // Офіційний вісник України. - 2004. - № 10. - С.639.
9. Носік В.В., Спасибо-Фатєєва І.В., Жилінкова І.В., Печений О.П. Проблемні питання нотаріальної практики. - Х., 2008. - 96 с.
10. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України за редакцією Дзери О.В., Кузнєцової Н.С., Луця В.В., том ІІ, 2-ге видання Київ, "Юрінком Інтер", 2006 р.
11. Господарсько-процесуальне право. / За ред. Дякович В.І., Мельника В.П., Поповича В.М. - К.: 2008, 345 с.
12. Майданик О.С. Нотаріат в Україні. // Закон і бізнес. - 2006. - № 11, ст.67-69.
13. Ніленко П.А. Порядок вчинення нотаріальних дій в Україні. // Підприємництво, господарство і право. - 2007. - № 9, ст.23-27.
14. Порошина М.М. Поняття нотаріату і органів, які вчиняють нотаріальні дії. // Урядовий кур’єр. - 2005. - № 15, ст.59-63.