



Національна академія правових наук України
**НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА**

Україна, 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23а, а/с - 136 код 19485263
тел. (044) 286-70-98 факс 284-87-35 E-Mail: ndippp@adamant.net

05.03.2018 № 01-9/1-54

ЗАТВЕРДЖУЮ

директор Науково-дослідного
інституту приватного права і
підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України



О. Д. Крупчан

НАУКОВО-ПРАВОВА ЕКСПЕРТИЗА

I. Предмет науково-правової експертизи

Науково-дослідним інститутом приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України відповідно до листа Відділення Нотаріальної палати України в м. Києві від 12.02.2018, проведено аналітичне дослідження окремих норм чинного законодавства України, що стосуються виконавчого провадження, нотаріального посвідчення правочинів щодо відчуження майна й державної реєстрації прав на нерухоме майно нотаріусами, та надано їх доктринальне тлумачення.

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

1. У яких випадках і щодо яких осіб нотаріус зобов'язаний здійснювати перевірку у Єдиному реєстрі боржників?

2. Чи вправі нотаріус посвідчувати правочин щодо відчуження майна боржника, внесеного на день його звернення до Єдиного реєстру боржників? Чи вправі нотаріус вчиняти реєстраційні дії щодо майна боржника, внесеного на момент проведення реєстраційних дій до Єдиного реєстру боржників, на підставі посвідченого правочину щодо відчуження майна такого боржника?

3. Чи мають право нотаріуси повідомляти зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник?

4. Чи містить частина 3 статті 9 Закону України «Про виконавче провадження» поняття «строк»?

5. Чи може бути правочин визнано недійсним на підставі частини 4 статті 9 Закону України «Про виконавче провадження»?

II. Підстави для проведення науково-правової експертизи

Науково-правова експертиза проведена на підставі:

- Закону України «Про наукову і науково-технічну експертизу»;
- Наказу Міністерства освіти і науки України від 12.01.2004 р № 12 «Про проведення державної акредитації фізичних та юридичних осіб на право проведення наукової та науково-технічної експертизи»;
- Статуту Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України;
- Відповідно до листа Відділення Нотаріальної палати України в м. Києві від 12.02.2018 та договору про надання послуг № 12/02 від 12.02.2018.

III. Нормативно-правові джерела

В процесі проведення науково-правової експертизи досліджувалось і надавалось доктринальне тлумачення положень чинного законодавства, що регулюють нотаріальне посвідчення правочинів щодо відчуження майна й державну реєстрацію прав на нерухоме майно, закріплених, зокрема, в:

- 1) Цивільному кодексі України;
- 2) Законі України «Про нотаріат»;
- 3) Законі України «Про виконавче провадження»;
- 4) Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».
- 5) Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»
- 6) Постанова Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 25.12.2015 № 1127

IV. Науково-правове обґрунтування висновків експертизи

Питання 1.

1. У яких випадках і щодо яких осіб нотаріус зобов'язаний здійснювати перевірку у Єдиному реєстрі боржників?

Для відповіді на це питання потрібно чітко розмежовувати обов'язки нотаріуса і порядок вчинення такої нотаріальної дії, як посвідчення правочину, а також обов'язки нотаріуса як державного реєстратора та порядок здійснення державної реєстрації права на нерухоме майно, яке виникло на підставі посвідченого нотаріусом правочину.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про нотаріат» нотаріус зобов'язаний, зокрема:

- здійснювати свої професійні обов'язки відповідно до цього Закону і принесеної присяги, дотримуватися правил професійної етики;
- відмовити у вчиненні нотаріальної дії в разі її невідповідності законодавству України або міжнародним договорам;
- виконувати інші обов'язки, передбачені законом.

Згідно зі ст. 46-1 Закону України «Про нотаріат» нотаріус під час вчинення нотаріальних дій обов'язково використовує відомості єдиних та державних реєстрів шляхом безпосереднього доступу до них.

Нотаріус під час вчинення нотаріальних дій обов'язково використовує відомості 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.

Нотаріус під час вчинення нотаріальних дій з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва обов'язково використовує також відомості Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та Державного земельного кадастру.

Користування єдиними та державними реєстрами здійснюється безпосередньо нотаріусом, який вчиняє відповідну нотаріальну дію.

При вчиненні нотаріальних дій нотаріуси керуються Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженим Наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5.

В чинному законодавстві України, зокрема, у вказаних вище актах, не закріплена будь-яка норма, яка б зобов'язувала нотаріуса при вчиненні будь-якої нотаріальної дії проводити перевірку наявності в Єдиному реєстрі боржників інформації про особу (осіб), які звернулися за її вчиненням. Отже, нотаріус при вчиненні такої нотаріальної дії, як посвідчення правочину, не зобов'язаний здійснювати перевірку за Єдиним реєстром боржників.

Згідно з абз. 5 ч. 5 ст. 3 Закону державна реєстрація прав у результаті вчинення нотаріальних дій з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводиться нотаріусом, яким вчинено таку дію. Згідно з п. 2

ч. 1 ст. 10 Закону нотаріус є державним реєстратором. Згідно за абз. 3 ч. 1 ст. 19 Закону державна реєстрація прав у результаті вчинення нотаріальної дії нотаріусом проводиться невідкладно після завершення нотаріальної дії, але не пізніше строків, встановлених абзацами першим і другим цієї частини.

Діючи як державний реєстратор нотаріус повинен дотримуватись вимог Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», зокрема, він зобов'язаний перевірити документи на наявність підстав для проведення реєстраційних дій, зупинення розгляду заяви про державну реєстрацію прав та їх обтяжень, зупинення державної реєстрації прав, відмови в державній реєстрації прав та прийняти відповідні рішення (п. 2 ч. 3 ст. 10, п. 4 ч. 1 ст. 18 Закону).

Відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 24 однією із підстав для відмови в державній реєстрації є внесення заявника до Єдиного реєстру боржників, якщо державна реєстрація матиме наслідком відчуження майна. Отже, для проведення обов'язкової перевірки внесення заявника у реєстр боржників, необхідними є три умови: 1) державна реєстрація матиме наслідком відчуження 2) майна заявника, 3) внесеного до єдиного реєстру боржників. Коли відсутня хоча б одна з цих умов, підстав для відмови у державній реєстрації прав за п. 12 ч. 1 ст. 24 немає. Якщо державна реєстрація не матиме наслідком відчуження майна або матиме наслідком відчуження майна інших, окрім заявника, осіб, то перевірка заявника щодо внесення його до Єдиного реєстру боржників не є обов'язковою.

Таким чином, діючи як державний реєстратор, нотаріус зобов'язаний перевірити, чи внесено заявника до Єдиного реєстру боржників, лише тоді, коли державна реєстрація прав матиме наслідком відчуження майна саме заявника.

Цивільний кодекс України не містить визначення поняття відчуження. Натомість, згідно з п. 14.1.31 Податкового кодексу України відчуження майна – будь-які дії платників податків, унаслідок вчинення яких такий платник податків у порядку, передбаченому законом, втрачає право власності на майно, що належить такому платнику податків, або право користування, зокрема, природними ресурсами, що у визначеному законодавством порядку надані йому у користування.

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» заявником, зокрема, є власник, інший правонабувач, сторона правочину, у яких виникло речове право, або уповноважені ними особи – у разі подання документів для проведення державної реєстрації набуття, зміни або припинення права власності та інших речових прав.

Відповідно до ст. 11 «Підстави виникнення цивільних прав та обов'язків» Цивільного кодексу України підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є: 1) договори та інші правочини; 2) створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; 3) завдання майнової (матеріальної) та

моральної шкоди іншій особі; 4) інші юридичні факти. Цивільні права та обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства. У випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо з актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування. У випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду. У випадках, встановлених актами цивільного законодавства або договором, підставою виникнення цивільних прав та обов'язків може бути настання або ненастання певної події.

Згідно зі статтею 328 «Підстави набуття права власності» Право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

Згідно зі ст. 346 Цивільного кодексу України право власності припиняється у разі: 1) відчуження власником свого майна; 2) відмови власника від права власності; 3) припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі; 4) знищення майна; 5) викупу пам'яток культурної спадщини; 6) примусового відчуження земельних ділянок приватної власності, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону; 8) звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; 9) реквізиції; 10) конфіскації; 11) припинення юридичної особи чи смерті власника. Право власності може бути припинене в інших випадках, встановлених законом.

Згідно з ч. 1 ст. 27 Закону державна реєстрація права власності та інших речових прав проводиться на підставі:

1) укладеного в установленому законом порядку договору, предметом якого є нерухоме майно, речові права на яке підлягають державній реєстрації, чи його дубліката;

2) свідоцтва про право власності на частку у спільному майні подружжя у разі смерті одного з подружжя, виданого нотаріусом або консульською установою України, чи його дубліката;

3) свідоцтва про право на спадщину, виданого нотаріусом або консульською установою України, чи його дубліката;

4) виданого нотаріусом свідоцтва про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів) та свідоцтва про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів), якщо прилюдні торги (аукціони) не відбулися, чи їх дублікатів;

5) свідоцтва про право власності, виданого органом приватизації наймачам житлових приміщень у державному та комунальному житловому фонді, чи його дубліката;

6) свідоцтва про право власності на нерухоме майно, виданого до 1 січня 2013 року органом місцевого самоврядування або місцевою державною адміністрацією, чи його дубліката;

7) рішення про закріплення нерухомого майна на праві оперативного управління чи господарського відання, прийнятого власником нерухомого майна чи особою, уповноваженою управляти таким майном;

8) державного акта на право приватної власності на землю, державного акта на право власності на землю, державного акта на право власності на земельну ділянку або державного акта на право постійного користування землею, виданих до 1 січня 2013 року;

9) рішення суду, що набрало законної сили, щодо права власності та інших речових прав на нерухоме майно;

10) ухвали суду про затвердження (визнання) мирової угоди;

11) заповіту, яким встановлено сервітут на нерухоме майно;

12) рішення уповноваженого законом органу державної влади про повернення об'єкта нерухомого майна релігійній організації;

13) рішення власника майна, уповноваженого ним органу про передачу об'єкта нерухомого майна з державної у комунальну власність чи з комунальної у державну власність або з приватної у державну чи комунальну власність;

14) інших документів, що відповідно до законодавства підтверджують набуття, зміну або припинення прав на нерухоме майно.

Згідно з ч. 4 ст. 3 Закону будь-які дії особи, спрямовані на набуття, зміну або припинення речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, що підлягають державній реєстрації відповідно до цього Закону, можуть вчинятися, якщо речові права на таке майно зареєстровані згідно із вимогами цього Закону, крім випадків, коли речові права на нерухоме майно, що виникли до 1 січня 2013 року, визнаються дійсними згідно з частиною третьою цієї статті, та у випадках, визначених статтею 28 цього Закону.

Згідно з ч. 2 ст. 13 Закону на кожний об'єкт нерухомого майна під час проведення державної реєстрації права власності на нього вперше у Державному реєстрі прав відкривається новий розділ та формується реєстраційна справа, присвоюється реєстраційний номер об'єкту нерухомого майна.

Згідно з ч. 2 ст. 331 «Набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва» Цивільного кодексу України якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

Таким чином, заявником при проведенні державної реєстрації права власності на нерухоме майно вперше є особа, яка набуває право власності, і, відповідно, така реєстрація не призводить до відчуження майна, натомість вона призводить до виникнення права власності у заявника. При зверненні до нотаріуса особи з заявою про державну реєстрацію права власності на нерухоме майно вперше, державна реєстрація не матиме наслідком відчуження майна заявника. Отже, можна зробити такий проміжний висновок: при отриманні заяви про державну реєстрацію права

власності на нерухоме майно вперше державний реєстратор (в т. ч. нотаріус, який діє як державний реєстратор) не зобов'язаний здійснювати перевірку щодо внесення заявника до Єдиного реєстру боржників.

Згідно з ч. 4 ст. 334 «Момент набуття права власності за договором» Цивільного кодексу України права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону.

Як впливає зі ст. 11, 328, ч. 4 ст. 334, Цивільного кодексу України, п. 3 ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 27 Закону, у випадках відчуження нерухомого майна на користь інших осіб на підставі правочинів та інших підставах набуття цивільних прав та обов'язків, заявником про державну реєстрацію прав на нерухоме майно є набувач і така державна реєстрація не може мати наслідком відчуження майна заявника. Отже, можна зробити такий проміжний висновок: при отриманні заяви щодо державної реєстрації права власності на нерухоме майно, набутого на підставі правочину, а також на підставах, визначених п. 2–5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, державний реєстратор (в т. ч. нотаріус, який діє як державний реєстратор) не зобов'язаний здійснювати перевірку щодо внесення заявника до Єдиного реєстру боржників.

Згідно з ч. 3 ст. 347 «Відмова від права власності» Цивільного кодексу України у разі відмови від права власності на майно, права на яке підлягають державній реєстрації, право власності на нього припиняється з моменту внесення за заявою власника відповідного запису до державного реєстру.

Згідно з ч. 2 ст. 349 «Припинення права власності внаслідок знищення майна» Цивільного кодексу України у разі знищення майна, права на яке підлягають державній реєстрації, право власності на це майно припиняється з моменту внесення за заявою власника змін до державного реєстру.

Згідно зі ст. 346 Цивільного кодексу України відчуження є одним із варіантів припинення права власності. Іншими варіантами припинення права власності є відмова від права власності та знищення майна. Отже, Цивільний кодекс України розмежовує відчуження, відмову від права власності та знищення майна як різні види припинення права власності. Тобто відмова від права власності та знищення майна не є відчуженням майна у розумінні Цивільного кодексу України.

Як впливає зі ст. 11, 328, ч. 4 ст. 334, 347, 349 Цивільного кодексу України, п. 3 ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 27 Закону, заявником про державну реєстрацію припинення права власності у випадках відмови від права власності та знищення майна є особа, яка право власності якої припиняється. Однак припинення права власності в такому разі відбувається не внаслідок відчуження, а з інших підстав, передбачених ст. 346 Цивільного кодексу України. В даному разі наявна лише одна з трьох умов відмови у здійсненні державної реєстрації на підставі п. 12 ч. 1 ст. 24 Закону: право власності припиниться у заявника. Отже, можна зробити

такий проміжний висновок: при отриманні заяви про державну реєстрацію припинення права власності на нерухоме майно у зв'язку з відмовою від права власності або зі знищенням майна, державний реєстратор (в т. ч. нотаріус, який діє як державний реєстратор) не зобов'язаний здійснювати перевірку щодо внесення заявника до Єдиного реєстру боржників.

Відповідь на питання 1:

Державний реєстратор (в т. ч. нотаріус, який діє як державний реєстратор) не зобов'язаний здійснювати перевірку щодо внесення до Єдиного реєстру боржників заявника з огляду на те, що законодавством не передбачено випадки, коли заявником є відчужувач майна і на практиці неможливим є виникнення підстави для відмови у державній реєстрації, передбаченої п. 12 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Питання 2.

2.1. Чи вправі нотаріус посвідчувати правочин щодо відчуження майна боржника, внесеного на день звернення до Єдиного реєстру боржників?

Основним нормативним актом, який регулює вчинення нотаріальних дій в Україні, є Закон України «Про нотаріат». Згідно з ч. 1 ст. 3 цього Закону нотаріус – це уповноважена державою фізична особа, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності.

В ч. 1 ст. 1 Закону України «Про нотаріат» вказано, що вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють в державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси). На нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах або займаються приватною нотаріальною діяльністю, законом може бути покладено дії, відмінні від нотаріальних, з метою надання їм юридичної вірогідності.

До нотаріальних дій відноситься, зокрема, посвідчення правочинів (п. 1 ч. 1 ст. 34 Закону України «Про нотаріат»).

Отже, із системного аналізу зазначених вище положень чинного законодавства України випливає, що основною діяльністю нотаріусів є нотаріальна діяльність, зокрема, посвідчення правочинів.

В основі поняття «правочин щодо відчуження майна» лежить поняття «відчуження». Незважаючи на те, що цей термін широко вживається в законодавстві, його поняття в залежності від контексту наповнюється різним змістом та має різні межі його застосування як у законодавстві, так і в теорії права. В контексті ч. 3 ст. 9 Закону України

«Про виконавче провадження» термін «відчуження майна» має найпоширеніше т.зв. «процедурне» значення, що полягає в зміні належності (власності) на майно внаслідок вчинення відповідними суб'єктами певних юридичних дій. Отже, під «правочином щодо відчуження майна» слід розуміти будь-який правочин, який передбачає перехід права власності на майно від однієї особи (відчужувача), в якій воно припиняється, до іншої особи (набувача), в якій воно виникає.

Вичерпний перелік підстав для відмови у вчиненні нотаріальних дій закріплено у ст. 49 Закону України «Про нотаріат». У ньому не передбачено такої підстави для відмови у вчиненні нотаріальних дій, як наявність відомостей про особу у Єдиному реєстрі боржників.

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» нотаріуси, органи, що здійснюють реєстрацію майна, державні реєстратори речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, до яких з метою вчинення правочину щодо відчуження у будь-який спосіб майна звернувся боржник, внесений на день звернення до Єдиного реєстру боржників, у разі відсутності у них інформації про накладення арешту виконавцем на кошти або майно боржника зобов'язані відмовити у вчиненні реєстраційних дій та в день звернення боржника повідомити зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник.

Відправною точкою тлумачення цієї правової норми в аспекті діяльності нотаріусів є те, що, як прямо випливає з неї, вона стосується лише вчинення реєстраційних дій. З огляду на це, для пошуку відповіді на поставлене питання потрібно визначитись з такими поняттями, як «реєстраційна дія», «нотаріус» і «правочин щодо відчуження майна»

Відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» реєстраційна дія – це державна реєстрація прав, внесення змін до записів Державного реєстру прав, скасування державної реєстрації прав, а також інші дії, що здійснюються в Державному реєстрі прав, крім надання інформації з Державного реєстру прав.

Поняття державної реєстрації прав закріплене в п. 1 ч. 1 ст. 2 цього ж Закону, відповідно до якої державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (державна реєстрація прав) – офіційне визнання і підтвердження державою фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 6, п. 2 ч. 1 ст. 10 та інших статей Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» нотаріус має статус державного реєстратора.

Згідно з абз. 5 ч. 5 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державна реєстрація прав

у результаті вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводиться нотаріусом, яким вчинено таку дію.

Таким чином, державна реєстрація прав (реєстраційні дії) для нотаріусів є діяльністю, додатковою до нотаріальної, що здійснюється ними на підставі чинного законодавства України задля надання таким діям юридичної вірогідності.

Аналізуючи ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» під кутом зазначених вище міркувань, можна зробити висновок про те, що ця норма не створює перепон у вчиненні нотаріусом нотаріальних дій, адже не зобов'язує і не наділяє нотаріуса правом відмовляти у вчиненні нотаріальних дій.

Зважаючи на викладене вище, нотаріус не обмежений законодавством у посвідченні правочину щодо відчуження майна особи, внесеної до Єдиного реєстру боржників, і вправі посвідчувати такий правочин за відсутності інших обставин, що унеможливають вчинення відповідної нотаріальної дії (обмежень у праві вчинення нотаріальних дій, підстав для відмови у вчиненні нотаріальних дій).

2.2. Чи вправі нотаріус вчиняти реєстраційні дії щодо майна боржника, внесеного на момент проведення реєстраційних дій до Єдиного реєстру боржників, на підставі посвідченого правочину щодо відчуження майна такого боржника?

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» нотаріуси, органи, що здійснюють реєстрацію майна, державні реєстратори речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, до яких з метою вчинення правочину щодо відчуження у будь-який спосіб майна звернувся боржник, внесений на день звернення до Єдиного реєстру боржників, у разі відсутності у них інформації про накладення арешту виконавцем на кошти або майно боржника зобов'язані відмовити у вчиненні реєстраційних дій та в день звернення боржника повідомити зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник.

Відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» і абз. 1 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» у державній реєстрації прав та їх обтяжень може бути відмовлено у разі, якщо заявника, який звернувся із заявою про державну реєстрацію прав, що матиме наслідком відчуження майна, внесено до Єдиного реєстру боржників.

Зазначені норми обмежують право особи, яку внесено до Єдиного реєстру боржників, на державну реєстрацію її прав на нерухоме майно задля недопущення відчуження нею майна. Проте недолуге й суперечливе формулювання зазначених норм, що не враховує порядок здійснення

нотаріальних дій та державної реєстрації прав, унеможлиблює їх застосування. На підтвердження цього факту слід зазначити наступне.

Зауважимо, що вказані вище норми Законів встановлюють обмеження саме щодо заявника. Заявником, згідно п. 3 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є, зокрема, власник, інший правонабувач, сторона правочину, у яких виникло речове право, або уповноважені ними особи – у разі подання документів для проведення державної реєстрації набуття, зміни або припинення права власності та інших речових прав. Отже, заявником є особа, яка подає на державну реєстрацію документи для державної реєстрації прав та за зверненням якої формується та реєструється заява в базі даних заяв. Заявник звертається до нотаріуса (як до державного реєстратора) не для відчуження майна, а навпаки для реєстрації речового права на майно на підставі укладеного правочину.

З огляду на це, гіпотеза правових норм, закріплених у п. 12 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» і абз. 1 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження», передбачає такі юридичні факти, які апріорі є неможливими.

Відтак нотаріус може здійснювати державну реєстрацію права на нерухоме майно, що виникло на підставі посвідченого ним правочину щодо відчуження майна, незалежно від того, внесено чи не внесено будь-яку сторону такого правочину до Єдиного реєстру боржників, за умови відсутності інших обставин, що унеможливають вчинення такої реєстраційної дії.

Відповідь на питання 2:

Нотаріус має право посвідчувати правочин щодо відчуження майна боржника, внесеного на момент проведення реєстраційних дій до Єдиного реєстру боржників, і здійснювати державну реєстрацію права заявника, набутого на підставі такого правочину.

Питання 3.

3. Чи мають право нотаріуси повідомляти зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник?

Ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження», окрім зазначеного у відповіді на друге питання обмеження, встановлює ще й обов'язок нотаріуса в день звернення боржника повідомити зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник.

В цій нормі мова йде не про право, а про обов'язок нотаріуса повідомити відповідну інформацію органу державної виконавчої служби

або приватному виконавцю, тому в подальшому правовому аналізі ми виходимо саме із законодавчо встановленого обов'язку, а не права.

Цей обов'язок полягає в тому, що:

1) у разі звернення до нотаріуса особи, включеної до Єдиного реєстру боржників, задля відчуження майна;

2) за даними відповідних державних реєстрів на майно, щодо відчуження якого звернулася до нотаріуса особа, внесена до Єдиного реєстру боржників, відсутня інформація про накладення виконавцем арешту на таке майно;

3) нотаріус з власної ініціативи повинен повідомити орган державної виконавчої служби чи приватного виконавця про таке майно.

Така норма суперечить положенням інших законів, які регламентують діяльність нотаріусів, зокрема, положенням про нотаріальну таємницю. Відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України «Про нотаріат» нотаріальна таємниця – це сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, в тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки тощо. Отже, інформація про звернення до нотаріуса заінтересованої особи належить до нотаріальної таємниці. Ця ж стаття встановлює, що нотаріус зобов'язаний зберігати нотаріальну таємницю, навіть якщо їх діяльність обмежується наданням правової допомоги чи ознайомленням з документами і нотаріальна дія або дія, яка прирівнюється до нотаріальної, не вчинялась.

Вказана стаття Закону України «Про нотаріат» встановлює винятки з нотаріальної таємниці, більшість з яких стосується надання довідок про вчинені нотаріальні дії та інших документів на обґрунтовані письмові вимоги суду, прокуратури, органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, державного виконавця, приватного виконавця за справами (провадженнями), що розглядаються (розслідуються, здійснюються) ними, а також на письмові запити органів доходів і зборів. Надаючи інформацію, що стосується нотаріальної діяльності, на такі запити, нотаріус не діє за власною ініціативою.

І лише діючи як суб'єкти первинного фінансового моніторингу відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» нотаріуси зобов'язані за власною ініціативою повідомляти спеціально уповноваженому органу та правоохоронним органами деяку інформацію, що формально складає нотаріальну таємницю, зокрема, про фінансові операції, які підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, про свої підозри щодо діяльності осіб або їх активи, якщо є підстави вважати, що вони пов'язані із злочином, про фінансові операції, стосовно яких є підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму чи фінансування розповсюдження зброї масового знищення.

Проте в ч. 5 ст. 8 зазначеного Закону встановлено, що нотаріуси можуть не повідомляти спеціально уповноваженому органу про свої підозри у разі, коли відповідна інформація стала їм відома за обставин, що є предметом їх професійної таємниці, або має привілей на збереження службової таємниці.

В ч.ч. 5 і 6 ст. 8 Закону України «Про нотаріат» встановлено, що подання нотаріусом в установленому порядку та у передбачених законом випадках інформації центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, не є порушенням нотаріальної таємниці. Нотаріус не несе за це відповідальності, якщо такими діями завдано шкоди юридичним або фізичним особам, та за інші дії, якщо він діяв у межах виконання Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення».

Подібних виключень щодо обов'язку нотаріуса повідомляти орган державної виконавчої служби або приватного виконавця, в чинному законодавстві не встановлено. Отже, повідомлення відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» нотаріусом органу державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник, буде вважатися порушенням з його боку нотаріальної таємниці. В свою чергу, за порушення нотаріальної таємниці нотаріус може бути притягнутий до відповідальності, зокрема, може бути анульовано його свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю (пп. «ж» п. 2 ч. 1 ст. 12 Закону України «Про нотаріат»).

Таким чином, між ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» і ст. 8 Закону України «Про нотаріат» існує юридична колізія, яка має бути усунута вітчизняним законодавцем шляхом внесення змін до зазначених Законів, які б конкретизували й узгодили відповідні положення. Подолання ж цієї колізії у законодавстві можливе лише шляхом їх тлумачення. Однак застосування традиційних способів тимчасового подолання колізій у праві, зокрема, темпорального і змістовного, в даному випадку не прийнятне, оскільки формальне дотримання нотаріусом норми, закріпленої в ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження», суперечить сутності нотаріальної діяльності, невід'ємною ознакою якої є нотаріальна таємниця, і призводитиме до порушення нотаріусом норм законодавства про збереження нотаріальної таємниці. Однак одна законодавча норма не може зобов'язувати особу вчиняти дію всупереч іншій правовій нормі, не звільняючи її при цьому від юридичної відповідальності. Це суперечить такій правовій zasadі як принцип справедливості. Отже, положення ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» щодо обов'язку нотаріуса в день звернення боржника повідомити зазначений у Єдиному реєстрі

боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник, суперечить принципу справедливості.

Крім того, з огляду на відповідь на питання 2, нотаріус не має права відмовити у вчиненні нотаріальної дії щодо посвідчення правочину про відчуження майна особи, внесеної до Єдиного реєстру боржників. Так само нотаріус не має права відмовити у державній реєстрації заявнику – набувачу майна за таким правочином. Отже, повідомлення органу державної виконавчої служби чи приватному виконавцю про таке майно не забезпечить реального виконання рішення.

Відповідь на питання 3:

Нотаріуси не зобов'язані та й не мають права повідомляти зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернулася особа, зазначена у реєстрі.

Питання 4.

4. Чи містить частина 3 статті 9 Закону України «Про виконавче провадження» поняття «строк»?

Відповідно до ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» укладення протягом строку, зазначеного в ч. 3 цієї статті, правочину щодо майна боржника, який призвів до неможливості задовольнити вимоги стягувача за рахунок такого майна, є підставою для визнання такого правочину недійсним.

Для цілей застосування цієї статті необхідно з'ясувати строк, встановлений в ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження». Відповідно до ч. 1 ст. 251 ЦК України строком є певний період у часі, зі впливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Слід розуміти, що строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами (ч. 1 ст. 252 ЦК України).

Нижче наведемо повністю ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» та виділимо курсивом зазначені в ній строки й терміни:

3. Нотаріуси, органи, що здійснюють реєстрацію майна, державні реєстратори речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, до яких з метою вчинення правочину щодо відчуження у будь-який спосіб майна звернувся боржник, внесений на день звернення до Єдиного реєстру боржників, у разі відсутності у них інформації про накладення арешту виконавцем на кошти або майно боржника зобов'язані відмовити у вчиненні реєстраційних дій та *в день звернення боржника* повідомити зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник.

Виконавець *не пізніше наступного робочого дня з дня отримання повідомлення* зобов'язаний прийняти рішення про накладення арешту на

майно в порядку, визначеному ст. 56 цього Закону, та направити відповідну постанову нотаріусу, органам, що здійснюють реєстрацію майна, не пізніше наступного робочого дня з дня їх винесення.

Отже, в ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» встановлено три строки:

в абз. 1 – в день звернення боржника – щодо обов'язку нотаріуса повідомити зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця щодо відчуження якого звернувся боржник;

в абз. 2 – не пізніше наступного повідомлення – щодо обов'язку виконавчої служби накладення арешту на майно;

в абз. 3 – не пізніше наступної постанови про накладення арешту – щодо такої постанови нотаріусу.

При цьому звертаємо увагу на те, що в Законі України «Про виконавче провадження» не конкретизується, як саме виконавча служба, визначених в ч. 3 цієї ж статті, має бути врахований.

Відповідь на питання 4:

Частиною 3 ст. 9 Закону України встановлено три різні

Питання 5.

5. Чи може бути правочин визнано недійсним на підставі 4 статті 9 Закону України «Про виконавче провадження»?

Як впливає з буквального тлумачення ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» для визнання на її підставі правочин недійсним необхідно встановити наступний юридичний склад:

- 1) укладення правочину щодо майна боржника;
- 2) укладення такого правочину протягом строку, зазначеного в ч. 4 цієї статті;
- 3) укладення такого правочину призвело до неможливості задовольнити вимоги стягувача за рахунок такого майна.

Системний аналіз зазначеного юридичного складу вказує на невідповідність ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» принципу правової визначеності. Цей принцип, який традиційно в юридичній науці та судовій практиці, визнається невід'ємною, органічною складовою принципу верховенства права, передбачає, зокрема, вимогу щодо чіткого формулювання умов, за яких здійснюється обмеження чи позбавлення свободи. Оскільки визнання правочину недійсним є одним із обмежень свободи людини, норма, яка встановлює таку підставу, має містити чітке формулювання, яке б не допускало неоднозначності свого трактування. В практиці Конституційного Суду України неодноразово наголошувалось на тому, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за

умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями

Проте внаслідок нечіткості й неоднозначності ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» закріплена в ній правова норма не може бути визнана передбачуваною. Так, як вже вказувалось вище, ця норма посилається на строк, зазначений в ч. 3 цієї ж статті, тоді як в ч. 3 зазначено три окремих строки – один для нотаріуса, а два для виконавця. Не конкретизує ця стаття й суб'єктний склад відповідного правочину, адже в окремих випадках правочин щодо майна боржника може укладатися не лише боржником чи його представником, а комісіонером або організацією, яка здійснює примусове відчуження майна.

Не є конкретним й такий факт як «неможливість задовольнити вимоги стягувача за рахунок такого майна», адже встановлення такої неможливості має бути доведено іншими юридичними фактами, а вимоги стягувача можуть бути задоволені за рахунок іншого майна боржника.

Відповідь на Питання 5:

Визнання правочинів недійсним на підставі ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» з практичної точки зору є неможливим у зв'язку з тим, що внаслідок нечіткості формулювання закріпленої в ній правової норми не можливо встановити необхідний для цього юридичний склад (її гіпотезу).

V. Загальний висновок науково-правової експертизи:

1. У яких випадках і щодо яких осіб нотаріус зобов'язаний здійснювати перевірку у Єдиному реєстрі боржників?

Державний реєстратор (в т. ч. нотаріус, який діє як державний реєстратор) не зобов'язаний здійснювати перевірку щодо внесення до Єдиного реєстру боржників заявника з огляду на те, що законодавством не передбачено випадки, коли заявником є відчужувач майна і на практиці неможливим є виникнення підстави для відмови у державній реєстрації, передбаченої п. 12 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

2.1. Чи вправі нотаріус посвідчувати правочин щодо відчуження майна боржника, внесеного на день звернення до Єдиного реєстру боржників?

Аналізуючи ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження», можна зробити висновок про те, що ця норма не створює перепон у вчиненні нотаріусом нотаріальних дій, адже не зобов'язує і не наділяє нотаріуса правом відмовляти у вчиненні нотаріальних дій.

Нотаріус не обмежений законодавством у посвідченні правочину щодо відчуження майна особи, внесеної до Єдиного реєстру боржників, і вправі посвідчувати такий правочин за відсутності інших обставин, що унеможливають вчинення відповідної нотаріальної дії (обмежень у праві

вчинення нотаріальних дій, підстав для відмови у вчиненні нотаріальних дій).

2.2. Чи вправі нотаріус вчиняти реєстраційні дії щодо майна боржника, внесеного на момент проведення реєстраційних дій до Єдиного реєстру боржників, на підставі посвідченого правочину щодо відчуження майна такого боржника?

Нотаріус має право посвідчувати правочин щодо відчуження майна боржника, внесеного на момент проведення реєстраційних дій до Єдиного реєстру боржників, і здійснювати державну реєстрацію права заявника, набутого на підставі такого правочину.

3. Чи мають право нотаріуси повідомляти зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник?

Нотаріуси не зобов'язані та й не мають права повідомляти зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернулася особа, зазначена у реєстрі.

4. Чи містить частина 3 статті 9 Закону України «Про виконавче провадження» поняття «строк»?

Отже, в ч. 3 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» встановлено три строки:

в абз. 1 – в день звернення боржника – щодо обов'язку нотаріуса повідомити зазначений у Єдиному реєстрі боржників орган державної виконавчої служби або приватного виконавця про майно, щодо відчуження якого звернувся боржник;

в абз. 2 – не пізніше наступного робочого дня з дня отримання повідомлення – щодо обов'язку виконавця прийняти рішення про накладення арешту на майно;

в абз. 3 – не пізніше наступного робочого дня з дня винесення постанови про накладення арешту – щодо обов'язку виконавця направити таку постанову нотаріусу.

При цьому звертаємо увагу на те, що в ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» не конкретизується, який саме з трьох строків, визначених в ч. 3 цієї ж статті, має бути врахований.

Частиною 3 ст. 9 Закону України встановлено три різних строки.

5. Чи може бути правочин визнано недійсним на підставі частини 4 статті 9 Закону України «Про виконавче провадження»?

Визнання правочинів недійсним на підставі ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження» з практичної точки зору є неможливим у зв'язку з тим, що внаслідок нечіткості формулювання закріпленої в ній

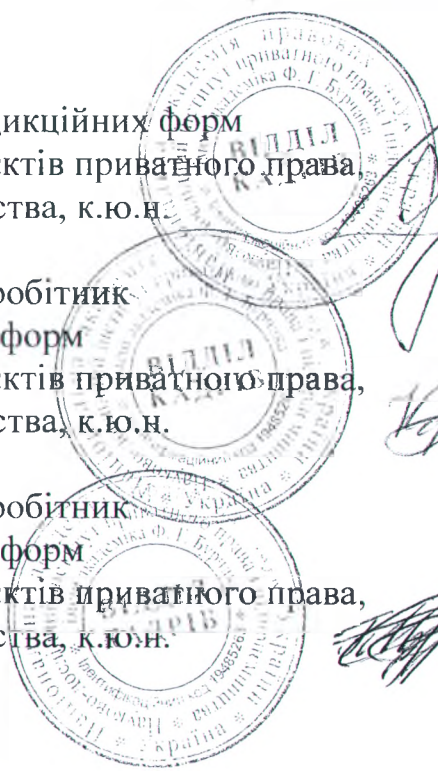
правової норми не можливо встановити необхідний для цього юридичний склад (її гіпотезу).

ЕКСПЕРТИ:

завідувач відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства, к.ю.н.

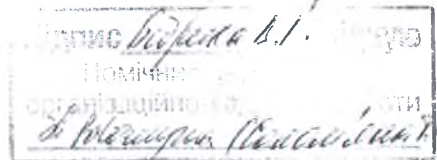
старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства, к.ю.н.

старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства, к.ю.н.

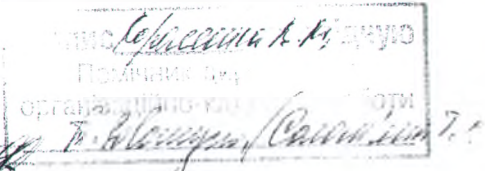


[Handwritten signatures of the experts]

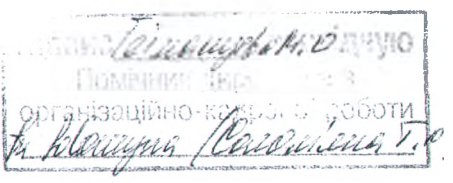
Бобрик В. І.



Короленко В. М.



Гетманцев М. О.



Трохино та перевірено
18/всімнадцять) арк.

Ст. інспектор

Сук'янова Ч.
Мур

