

НОТАРІАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО: ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА ЗА ЗАКОНОМ

В статті розкривається сутність нотаріального процесуального представництва, класифікація його видів, а також аналізується представництво за законом, підстави його виникнення, суб'єкти та особливості його здійснення. Запропоновано ряд пропозицій щодо вдосконалення норм ЦК, а також доповнення Закону України "Про нотаріат" нормами, які регламентують інститут представництва у нотаріальному процесі.

Ключові слова: представництво за законом, нотаріальний процес, батьки, діти, опікун, піклувальник.

В даній статті розкривається сутність нотаріального процесуального представництва, класифікація його видів, аналізується законне представництво, основи його виникнення, суб'єкти та особливості його здійснення. Внесено ряд пропозицій по удосконаленню норм ЦК, а також по доповненню Закону України "О нотариате" нормами, которые регламентируют институт представительства в нотариальном процессе.

Ключевые слова: нотариальное процессуальное представительство, законное представительство, нотариальный процесс, родители, дети, опекун, попечитель.

This article reveals the essence of the notary Procedure representation, a classification of its species, analyzed legal representation, the basis of its occurrence and characteristics of the subjects. Made several proposals to improve the standards of the Central Committee, as well as to supplement the Law "On Notary" norms that regulate the institution of representation used in the notary process.

Keywords: notary procedural representation, legal representation, the notarial process, parents, children, guardian, trustee.

Не зважаючи на численні роботи, присвячені вченими України інституту нотаріального процесуального представництва [1], до останнього часу існують як теоретичні дискусії, так і проблеми здійснення представництва в нотаріальній практиці. Так, не зважаючи на незаконність передачі права розпорядження майном представнику, до останнього часу непоодинокими є випадки посвідчення нотаріусами генеральних довіреностей, хоча ця тема була висвітлена в значній кількості досліджень [2]. Виникали і розглядалися вченими й інші питання щодо поняття "безвідклична довіреність" [3], щодо можливості посвідчувати довіреність на кількох представників [4] тощо. Тому актуальність даної теми не викликає сумніву.

Складність цієї теми обумовлюється тим, що базисом для регламентації нотаріального процесуального представництва є норми матеріального права, а для його дослідження цього інституту використовували поняття, запозичені з цивільного процесу. Але нотаріальний процес має певні особливості, які відрізняють його від цивільного процесу, тому в багатьох випадках запозичення понять є неможливим, оскільки призведе до неправильних висновків. Якщо до цього додати численні теоретичні дискусії щодо представництва, які мають місце в цивільному праві, то стане очевидною складність сприйняття надбудови, якщо базис не має стабільності.

Додаткова складність сприйняття представництва обумовлюється й тим, що у розділі IV ЦК, який називається "представництво", регламентуються не всі аспекти представництва, оскільки його специфіка розкривається й в інших нормах ЦК, СК та інших нормативних актах. Наприклад, згідно ч. 1 ст. 242 ЦК батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей, тому згідно ч. 1 ст. 237 ЦК вони зобов'язані або мають право вчинити правочин від імені своїх дітей і дане положення є правомірним у цивільному процесі. Але у нотаріальному процесі мають застосовуватися й певні обмеження, сформульовані у ч. 2 ст. 32 ЦК, де встановлено право неповнолітніх вчиняти окремі правочини не тільки за згодою батьків, а й з дозволу органу опіки та піклування.

Якщо до наведеного прикладу додати положення статей 43 та 44 Закону України "Про нотаріат", де передбачається встановлювати нотаріусу повноваження представника, то вийде, що представники можуть бути повноважними і такими, що не мають відповідних повноважень від суб'єкта, в інтересах якого вони мають намір діяти. Крім того, при широкому сприйнятті поло-

жень ст. 241 ЦК можна припустити, що допускається вчиняти правочин з перевищенням повноважень, але це стосується лише випадків, коли такі повноваження реалізуються поза нотаріальним процесом. В нотаріальному процесі нотаріус перевіряє повноваження представника на вчинення правочину, тому перевищення повноважень є неприпустимим. Тому необхідно сформулювати поняття "уповноважений представник", а його правовими ознаками мають бути: 1) передані належним чином повноваження на вчинення правочину від імені особи, яку він представляє; 2) правочин, який вчиняє представник має входити до його повноважень.

Проаналізований приклад свідчить також про те, що надане у ч. 1 ст. 237 ЦК поняття "представництво", під яким розуміють правовідношення, у якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє, не відповідає особливостям нотаріального процесу. Більше того, навіть з точки зору цивільного права проаналізоване поняття "представництва" некоректне, оскільки у ньому йдеться про потенційне право на вчинення правочину, а не про особливості правовідношення між представником та особою, яку він представляє. Хоча терміни "зобов'язана" або "має право" спонукають до широкого сприйняття представництва, але ж безпосередньо не кваліфікують відносини між представником та особою, права та інтереси якої мають реалізуватися при вчиненні правочину.

Місце інституту представництва в нотаріальному процесі визначається такими основними факторами: по-перше, за його допомогою суб'єкти права отримують можливість здійснення юридичних дій в нотаріальному процесі за допомогою іншої особи, що розширює сферу їх правової активності. По-друге, для малолітніх, недієздатних та інших осіб представництво є єдиним способом участі в правовідносинах. По-третє, нотаріальна діяльність дозволяє не тільки реалізовувати представницькі повноваження гарантовано, а й передбачає можливість враховувати контролюючу функцію органів опіки та піклування, які уповноважені здійснювати нагляд за забезпеченням прав та інтересів тих осіб, які з тих чи інших причин не здатні адекватно висловити своє волевиявлення щодо конкретного правочину.

Отже, центральне місце в нотаріальних правовідносинах мають повноваження представника та їх оцінка нотаріусом, яка зумовлює, зокрема, і розуміння таких категорій, як воля і волевиявлення з точки зору норм права, що ускладнюється наявністю матеріально-

правових відносин між представником, як особою, що безпосередньо вступає у правовідносини з нотаріусом, та особою, яка діє для забезпечення інтересів іншої особи, що є, по суті, метою правовідносин між нотаріусом і представником. Разом з цим, при розгляді вказаних питань обов'язково слід враховувати особливості нотаріального процесу, як суспільних відносин, які забезпечуються державою через спеціальну процедуру, що передбачає їх безспірний і не примусовий характер та надає їм визначеного законом змісту, встановлюючи нормативними актами межі дозволеної поведінки суб'єктів нотаріального процесу. При цьому, спеціальною процедурою є сукупність визначених законом норм, які регулюють послідовність і можливі варіанти поведінки суб'єктів у нотаріальних правовідносинах, загальні і конкретні умови вчинення нотаріальних дій, а також права та обов'язки суб'єктів при вчиненні тих чи інших дій [5].

Оскільки представництво в нотаріальному процесі за своєю суттю є процесуальним, вважаємо доцільним перейти до аналізу представницьких правовідносин з позицій вчених-процесуалістів.

Так, російський вчений-процесуаліст Ярков В.В. під представництвом в цивільному процесі (процесуальним) розуміє виконання процесуальних дій однією особою від імені і в інтересах іншої особи [6]. З цим визначенням однозначно важко погодитись, оскільки в ньому відсутні основні аспекти представництва, якими мають стати підстави отримання відповідних повноважень представником для здійснення функцій представництва.

Вчений Світлична Г.О., розглядає представництво як правовідношення, в силу якого одна особа – представник – здійснює в суді в межах наданих йому повноважень процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи з метою надання юридичної допомоги при розгляді цивільної справи та здійснення захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів [7]. В цьому визначенні відсутня ознака комплексності взаємовідносин між представником та судом, представником та особою, інтереси якої представляються тощо. Отже, таке визначення спрощує поняття "представництво".

Очевидно, що наведені дефініції мають свої вади, тому доцільно розглядати сутність представництва з множиною можливих варіантів прав та обов'язків суб'єктів цього інституту.

В юридичній науці розповсюдженою є так звана концепція сприйняття представництва як правовідношення [8]. Нерідко представництво розглядається як сукупність "внутрішніх" і "зовнішніх" правовідносин. При цьому, під "внутрішніми" відносинами розуміється відношення між представником і особою, яку він представляє, а під "зовнішніми" – відносини між представником і третьою особою¹[9], в тому числі і нотаріусом. Однак така конструкція до останнього часу не має свого об'єктивного вираження в нотаріальному процесі, оскільки підстави нотаріального процесуального представництва можуть мати різноманітні форми та підстави, наприклад представництво батьками прав та інтересів своїх дітей. Проблемне питання полягає в тому, що тривалий час в науці представника сприймали як абсолютно незацікавленого суб'єкта, не беручи до уваги, що представник потенційно може мати власні інтереси при здійсненні представництва. Тому непоодинокими є випадки, коли представники юридичних осіб укладають договори щодо відчуження об'єктів нерухомості, які належать юридичній особі, за явно низькими цінами, ма-

ючи власні інтереси від такого договору... Теж саме має іноді місце і у випадках відчуження об'єктів нерухомості, які належать неповнолітнім або малолітнім дітям тощо.

Наведене зумовлює необхідність робити акцент на змісті повноважень представника і важливості правильного їх сприйняття нотаріусом з урахуванням тих правових особливостей, які має певне провадження. Наприклад, коли йдеться про посвідчення заповіту, то представник не вправі його посвідчувати замість заповідача, а підписання заповіту замість особи, яка з об'єктивних причин не здатна зробити це власноручно, не можна сприймати як представництво. Так само, випадки неможливості виконання повноважень представником лише в загальних рисах сформульовані у ст. 238 ЦК, а конкретизуються вони залежно від реальних умов нотаріального провадження.

Тому важко однозначно погодитися з М.В. Шерстюком, який вважає, що в нотаріальному процесі, як правовідношенні, що має процесуальну природу з її специфічними ознаками, є те, що дії представника безпосередній правовий результат для особи, яку він представляє, не створюють, його дії мають безпосередні наслідки не для особи яку він представляє, а для нотаріуса, з яким представник вступає в процесуальні відносини [10]. Нотаріус, за загальним правилом, не повинен допускати вихід особи за межі наданих представнику повноважень, тому вчинений останнім правочин буде мати наслідки саме для такої особи.

Правова природа представництва або іншими словами механізм безпосереднього переходу прав і обов'язків полягає в тому, що представник своїм волевиявленням встановлює певну модель поведінки для особи, яку він представляє – забезпечує для нього конкретизацію правових норм матеріального та нотаріального процесуального права в правовідношенні, зокрема, довіритель набуває в результаті реалізації представником своїх функцій в нотаріальному процесі не тільки право оскаржити вчинений представником правочин, але й право оскарження нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні, що впливає зі статті 50 Закону України "Про нотаріат".

Отже, нотаріальне процесуального представництва комплексні юридичні відносини, за якими одна особа (представник) виконує на підставі повноважень, наданих йому законом, статутом, положенням або договором, процесуальні дії в нотаріальному процесі, спрямовані на охорону та захист безспірних прав і охоронюваних законом інтересів іншої особи (довірителя), державних і громадських інтересів, у результаті чого в особи, яку представляють виникає комплекс матеріальних і процесуальних прав та обов'язків.

Згідно існуючій в теорії цивільного права класифікації видів представництва, на нашу думку, заслуговує уваги класифікація за юридичними фактами, з яких виникає представництво [11]:

- представництво, яке ґрунтується на законі (законне представництво);
- представництво, яке ґрунтується на договорі (договірне або добровільне представництво);
- представництво, яке ґрунтується на адміністративному акті.

Досить часто представництво, яке виникає на підставі закону ототожнюється з представництвом недієздатних осіб та відсутність дієздатності або її обмеження у особи, яку представляють вказується як невід'ємна ознака даного виду представництва. Такий підхід підтримується і законодавцем, зокрема ст. 242 ЦК передбачається можливість законного представництва малолітніх, неповнолітніх та недієздатних. Разом з тим таке обмежене тлумачення законного представництва не є

¹ *Синайский В.И.* Русское гражданское право. – М., 2002. С. 159; *Белов А.В.* Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. – М., 2003. – С. 422.

правильним, оскільки в багатьох випадках представництво в силу закону виникає і тоді, коли особа, яку представляють є дієздатною. Наприклад, представництво видавцем автора у випадку опублікування твору анонімно чи під псевдонімом до тих пір, поки автор не розкриє свою особу та не заявить про своє авторство, виникає в силу закону (стаття 11 Закону України "Про авторське право і суміжні права"). Як аналогічний приклад представництва дієздатних осіб може бути випадок представництва консулом громадян своєї країни за кордоном.

Загалом підтримуючи наведену класифікацію, варто доповнити її такими тезами. По-перше, корисним для нотаріального процесу є твердження В.А. Рясенцева про те, що представниками за законом слід вважати тільки тих осіб, які стають представниками безпосередньо за прямою вказівкою правової норми (батьки, усиновителі). Значна частина представників, що визначені як "законні", насправді є представниками за призначенням. Їх призначають державні, або інші уповноважені органи. Повноваження такі представники отримують не безпосередньо із закону, а лише в силу факту їх призначення адміністративним актом чи обранням на певну посаду [12]. По-друге, реалізація юридичною особою своєї правоздатності через свої органи та представництво – це два різних правових інститути, оскільки орган який представляє юридичну особу не має достатньої самостійності для визнання його особою. Це положення втілене, зокрема, в статті 92 ЦК. Лише у випадку коли юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків та здійснює їх через своїх учасників застосовуються норми інституту представництва, оскільки такі учасники діють за довіреністю. Наприклад відповідно до статті 122 ЦК якщо ведення справ доручено окремим учасникам повного товариства, інші учасники можуть вчиняти правочини від імені товариства за наявності у них довіреності, виданої учасниками, яким доручено ведення справ товариства. Тому, волевиявлення органу юридичної особи не є самостійним, а є волевиявленням безпосередньо юридичної особи.

Якщо нотаріальна дія вчиняється за участю юридичної особи, нотаріус зобов'язаний перевірити правоздатність та дієздатність юридичної особи, право – дієздатність представника та його повноваження. Натомість, якщо до нотаріуса звертається представник фізичної особи, нотаріус перевіряє право – та дієздатність тільки представника, а також обсяг його повноважень.

Необхідно звернути увагу і на те, що у ЦК та Законі України "Про нотаріат" відсутні норми, які визначають осіб, які можуть бути представниками, а які ні. У Цивільному кодексі у різних нормах йдеться про застереження щодо представника. У ст. 237 ЦК мають місце такі положення, які потребують коментарів, оскільки вони сформовані для фахівців, а саме:

➤ не є (не може бути – С.Ф.) представником особа, яка хоча і діє в чужих інтересах, але від власного імені. З точки зору нотаріального процесу дане положення не зовсім коректне, оскільки представник діє від власного імені і саме особу представника встановлює нотаріус, а особу, яка уповноважила представника, з'ясовують лише за документами і щодо власних повноважень, які перевіряє нотаріус. Наприклад, довіритель уповноважив на підставі довіреності представника посвідчити договір продажу належного йому будинку, тому право власності на будинок буде з'ясовуватися на підставі правовстановлювального документу, а також в цьому документі і в довіреності має як власник фігурувати одна й та сама особа. Отже, застосований у ст. 237 ЦК вираз є фігуральним, оскільки в ньому акцентується

увага на тому, що в договорі має використовуватися ім'я уповноваженої особи як сторони. У той же час, у нотаріально посвідченому договорі обов'язково має зазначатися й представник з ідентифікуючими його відомостями.

➤ не є (не може бути – С.Ф.) представником особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів. Дане положення так само слід сприймати для розмежування правочинів і дій, які не мають істотних правових наслідків. Для ведення переговорів так само мають надаватися відповідні повноваження представника, з не уповноваженою особою вести переговори контрагенти не будуть. Вважається також, що зміст статті 9 Закону України "Про нотаріат" щодо обмеження у вчиненні нотаріального провадження може бути поширений й на випадок, коли близькі родичі та члени сім'ї виступають як представники інших осіб. Тобто в протилежному разі можна буде говорити про порушення принципу неупередженості нотаріуса.

Представництво за законом обумовлюється тим, що, з одного боку, законодавством обмежується частина громадян на здійснення своїх прав і виконання обов'язків в силу різних об'єктивних причин. Так, малолітні і неповнолітні діти, недієздатні і обмежено дієздатні особи не вправі самостійно розпоряджатися своїми правами у певних правових ситуаціях. Крім того, безвісно відсутні особи та особи, місце перебування яких невідоме, не можуть реалізувати своїх прав і для забезпечення їх інтересів виступають уповноважені законом особи.

Так, найпоширенішим випадком представництва за законом є представництво малолітніх і неповнолітніх дітей їх батьками. Якщо дитина не може самостійно здійснювати свої права, ці права здійснюють батьки, опікун або піклувальник.

Малолітні особи не мають права самостійно укласти та підписувати договори, в тому числі в разі надання згоди їх батьками (усиновлювачами, опікунами) на вчинення таких договорів. Представниками осіб, що не досягли 14 річного віку відповідно до Сімейного кодексу України є батьки, які управляють майном, належним малолітній дитині без спеціального на те повноваження, тобто їх повноваження в нотаріальному процесі ґрунтуються на походженні дитини від них, засвідченому органом державної реєстрації актів цивільного стану. Про факт державної реєстрації акта цивільного стану органами державної реєстрації актів цивільного стану видається відповідне свідоцтво.

Варто відмітити, що законодавство не дає чіткої відповіді на питання, як має вчинити нотаріус, якщо у нього виникли сумніви щодо повноважень представників малолітньої особи. Адже, відповідно до статті 9 Закону України "Про державну реєстрацію актів цивільного стану" актовий запис цивільного стану є безспірним доказом фактів, реєстрація яких посвідчується, до спростування його в судовому порядку. Однак ані цим Законом, ані Законом України "Про нотаріат", ані Правилами державної реєстрації актів громадянського стану в Україні не встановлено права нотаріуса звертатися в цьому випадку до органів державної реєстрації актів цивільного стану. Що, безсумнівно, потребує подальшого врегулювання.

Представниками за законом є також усиновлювачі малолітніх осіб. Обсяг повноважень усиновлювача, як законного представника такий самий, як і у батьків дитини. Відмінність між ними, що має значення для нотаріального процесуального права, полягає лише в тому, що повноваження усиновлювача виникають не з моменту народження дитини, а з дня набрання чинності рі-

шенням суду про усиновлення. При цьому слід врахувати відповідні норми Цивільного процесуального кодексу (надалі – ЦПК) щодо набрання рішенням суду законної сили. Так, рішення суду набирає законної сили після закінчення строку для подання апеляційної скарги, якщо апеляційну скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом. Рішення або ухвала апеляційного суду набирають законної сили з моменту їх проголошення. Касаційна скарга може бути подана протягом двадцяти днів з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду. Одержавши касаційну скаргу, суддя-доповідач протягом трьох днів вирішує питання про відкриття касаційного провадження, про що постановляє відповідну ухвалу та за наявності клопотання особи, яка подала касаційну скаргу, суддя-доповідач у разі необхідності вирішує питання про зупинення виконання рішення (ухвали) суду.

Проте, як вбачається зі статті 259 ЦК та 233 СК документом, що підтверджує повноваження усиновлювача, як представника є свідомство про народження з тою відмінністю, що видається воно на підставі рішення суду. Це має значення з огляду на те, що у випадку усиновлення усиновлювачі мають право бути записаними як мати і батько дитини. Це є їх правом, а не обов'язком, тому свідомство про народження може відповідно до статті 229 СК і не зазнати змін в частині запису про матір або батька дитини. З огляду на це, якщо у свідомстві про народження дитини батьками зазначені інші особи, ніж ті, що звернулися за вчиненням нотаріальної дії, нотаріусу необхідно ознайомитись з рішенням суду про усиновлення дитини.

За загальним правилом при вчиненні одним із батьків (усиновлювачів) правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків. Обов'язкова письмова нотаріально засвідчена згода другого з батьків вимагається тільки у випадках вчинення правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини. Винятком є випадок, коли один з батьків позбавлений судом батьківських прав.

На практиці виникають проблеми з підтвердженням того, що місце проживання одного з батьків невідоме, у випадку, якщо не встановлено опіки над майном такої особи відповідно до статті 44 ЦК. Видається, що в цьому випадку логічно застосовувати загальне правило – всі спірні питання може вирішувати тільки суд, а нотаріус не може робити висновків про неповажність причин, коли батько понад 6 місяців проживає окремо від дитини тощо.

Нотаріусом не вимагається згода другого з батьків, якщо для вчинення нотаріальної дії подаються свідомство про смерть другого з батьків; рішення суду про визнання його безвісно відсутнім; рішення суду про оголошення його померлим.

Крім того, батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно, якщо інше не передбачено договором між ними. Виникає питання щодо форми такого договору. Відповідно до статті 9 СК вимагається тільки письмова форма, що є невірним з огляду на те, що згода другого з батьків при вчиненні правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини має бути обов'язково нотаріально засвідчена.

Слід також пам'ятати, що майном відповідно до статті 190 ЦК є річ, сукупність речей, а також майнові права і обов'язки. Тому, наприклад, при посвідченні договору іпотеки нотаріусом обов'язково вимагається згода органів опіки та піклування, якщо з поданих документів буде видно, що право власності або право користування майном, яке є предметом іпотеки, мають діти.

Відповідно до Листа Міністерства юстиції України "Щодо отримання згоди органів опіки та піклування" від 25 липня 2006 р., для встановлення факту користування нерухомим майном нотаріуси витребують довідку про реєстрацію місця проживання або місця перебування дитини за адресою майна, що відчужується або заставляється, видану житлово-експлуатаційною організацією або іншим відповідним уповноваженим органом з питань реєстрації. Коли з поданих документів нотаріусом встановлено, що така дитина проживає за іншою адресою, ніж адреса майна, що відчужується, а також те, що така дитина не має права власності на це майно (його частину) нотаріус має право не витребувати згоду органів опіки та піклування на посвідчення такого правочину. При цьому, нотаріусом при його посвідченні роз'яснюється зміст статті 176 СК, щодо зобов'язання батьків передати у користування дитини майно, яке має забезпечити її виховання та розвиток [13].

Чинне законодавство передбачає, що неповнолітні особи, віком від 14 до 18 років можуть самостійно підписувати правочини. Однак, незважаючи на дозвіл підписувати договори самостійно неповнолітні особи мають право укладати правочини тільки в разі надання письмової нотаріально посвідченої згоди батьків (усиновлювачів, піклувальників), а також дозволу органу опіки та піклування.

Залишається спірним питання, чи може бути неповнолітня особа представником. Виходячи з аналізу частини другої статей 43 та 44 Закону України та "Про нотаріат" відповідних норм ЦК, на це питання слід дати позитивну відповідь, оскільки закон не забороняє цього, але для визнання дій такого неповнолітнього представника правомірними, закон вимагає дотримання низки умов, зокрема, щодо згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників, органу опіки і піклування у встановлених законом випадках.

В нотаріальній практиці виникає ще одне питання, пов'язане з обсягом дієздатності таких осіб: з одного боку стаття 32 ЦК дозволяє неповнолітнім вчиняти будь-які правочини за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. З іншого боку, відповідно до статті 1234 ЦК право на заповіт право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Стаття 56 Закону України "Про нотаріат" також вказує на те, що нотаріус посвідчує заповіти дієздатних осіб і це дає йому право відмовити неповнолітньому у посвідченні заповіту, що, на нашу думку, є порушенням права власності неповнолітнього.

Відповідно до статті 58 ЦК опіка встановлюється над малолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування, та фізичними особами, які визнані недієздатними. Правочини від імені недієздатної особи та в її інтересах вчиняє опікун. Відповідно до статті 60 ЦК опікун над особою, що визнана недієздатною призначається судом. Опікун над малолітніми дітьми призначається або за рішенням суду, або за рішенням органів опіки і піклування.

За змістом ЦК, суд призначає опікуна в тому випадку, якщо під час розгляду судом іншої справи було виявлено, що дитина позбавлена батьківського піклування. Відповідно до статті 65 ЦК до призначення опікуна ці функції виконує орган опіки і піклування. Також ці функції може здійснювати спеціальний заклад, в якому перебуває дитина. Залежно від обставин підставами для представництва такої особи в нотаріальному процесі будуть рішення суду, рішення органу опіки і піклування.

Вітчизняному законодавству не відома конструкція "спів опікунства" над недієздатною особою. Але, у випадку наявності у підопічного майна поза межами його

місця проживання, встановлюється опіка над майном за місцем його знаходження. Виходячи із змісту діючих норм, можливе призначення двох і більше опікунів над майном безвісно відсутньої особи, якщо майно, яке їй належить знаходитися в різних населених пунктах, оскільки опіка над майном встановлюється за місцем його знаходження. В цьому випадку кожен з опікунів буде представником за призначенням. Слід підкреслити, що "співпредставництво" в цьому випадку буде мати місце лише за необхідності спільних дій.

Опіка та піклування встановлюються або судом, або органом опіки та піклування, тому відповідними документами, які визначають статус опікуна та піклувальника будуть або рішення суду, або постанова органу опіки та піклування.

В Україні відповідно до чинного законодавства існує така форма влаштування дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як патронат, що полягає у вихованні дитини до досягнення нею повноліття в сім'ї патронатного вихователя за плату і здійснюється на підставі договору, який укладається між органом опіки і піклування та патронатним вихователем. Відповідно до чинного законодавства, в Україні існує дві форми патронату: прийомна сім'я і дитячий будинок [14].

В нотаріальному процесі прийомні батьки та батьки-вихователі виступають представниками дітей за призначенням і діють без спеціальних повноважень як опікуни або піклувальники.

Документами, що підтверджують повноваження таких представників, визначені в Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про прийомну сім'ю" від 26 квітня 2002 року та Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу" від 26 квітня 2002 року.

Особливим суб'єктом нотаріальних процесуальних правовідносин, що виникають за участю осіб з обмеженою законом дієздатністю є орган опіки і піклування. За законодавством України орган опіки і піклування має досить широкі повноваження, зокрема щодо управління і розпорядження майном таких осіб. Так, орган опіки і піклування надає свою згоду на вчинення представниками таких осіб за законом та за призначенням правочинів, що підлягають нотаріальному посвідченню. Але орган опіки та піклування в таких випадках не можна назвати представником таких осіб, оскільки він виконує контрольну функцію, яка зводиться до оцінки інтересів осіб і дачі згоди на вчинення правочину. При широкому сприйнятті ролі органу опіки та піклування як відповідного державного органу, який має охороняти і захищати права та інтереси відповідних осіб, можна говорити про представництво цим органом інтересів держави і відповідно таких осіб, але в реальних правовідносинах вони не приймають участі, оскільки не беруть участі в складанні договорів, не несуть відповідальності за негативні наслідки від вчиненого правочину тощо. Тому можна говорити лише про ті випадки, коли орган опіки та піклування безпосередньо представлятиме інтереси дитини або іншої особи в нотаріальному процесі як належне процесуальне представництво.

На жаль, в Україні тривалий час йдеться про необхідність прийняття Закону "Про органи опіки та піклування", але до останнього часу такий Закон не був прийнятий, що ускладнює сприйняття функцій і конкретних завдань цього органу та реалізацію положень законодавства. Зокрема, на практиці іноді виникають парадоксальні ситуації, коли на місцевому рівні встановлюються обов'язкові для заповнення бланки звернення до установ, які виконують функції таких органів, а їх представники навіть

допитують свідків тощо. Тому дана проблема потребує негайного законодавчого розв'язання.

Щодо статті 238 ЦК, то вона не дозволяє представнику вчиняти правочини від імені особи, яку він представляє з самим собою, оскільки в більшості випадків інтереси сторін в таких правочинах протистоять один одному. Колізія інтересів виключається, якщо правочин представника з самим собою здатен принести тільки правову вигоду особі, яку він представляє (ч.1 ст. 68 ЦК). Наприклад, опікун може подарувати свою річ своєму недієздатному підопічному, але представник не може виступати в одному договорі в двох правових становищах як дарувальник і, одночасно, як представник обдаровуваного. Тому для розв'язання такої колізії, на наш погляд, має залучатися до участі в нотаріальному процесі орган опіки та піклування. Представник при здійсненні одного і того ж акту може представляти сторони, що мають однокровний інтерес [15], але не дві сторони одного договору одночасно. Наприклад, подружжя вправі уповноважити одного представника на вчинення дій щодо їхнього спільного майна.

Опікун над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, може стати суб'єктом нотаріальних правовідносин як представник інтересів таких осіб за різних обставин, зокрема, коли прийматиме виконання цивільних обов'язків на їх користь шляхом отримання коштів з депозиту нотаріуса, при укладенні договору управління майном в їх інтересах тощо. Згідно, ст. 44 ЦК передбачається, що саме нотаріус встановлює опіку над майном таких осіб, тому за аналогією з виконавцем заповіту й має встановлюватися факт, що фізична чи юридична особа є опікуном майна таких осіб. Хоча можна погодитися й з пропозиціями українських науковців, що термін "опікун над майном" не зовсім коректний і необхідно говорити про опікування інтересів тих осіб, які не здатні цього робити особисто [16]. Тому цікавими для аналізу є гіпотези вчених, які стосуються необхідності запровадження реєстрів осіб, які здатні професійно виконувати повноваження помічників, опікунів, зокрема, інтересів безвісно відсутніх та інших осіб, піклувальників, а також управителів майна, розмежування ролі органів опіки та піклування при укладанні договорів щодо охорони і управління майном безвісно відсутніх осіб тощо. Зокрема, А.В. Зинов'єва вважає, що установником управління майном слід вважати не орган опіки та піклування, а опікуна, який має діяти за згодою органу опіки та піклування, і обирати управителя з числа офіційно зареєстрованих та з кваліфікованим персоналом юридичних осіб. Обґрунтовано цим автором і висновок, що значний перелік майна безвісно відсутньої особи доцільно "розкладати" на окремі види майна, виділяти те майно, яке необхідно лише зберігати, та надавати окремі види майна в управління спеціалізованим юридичним особам, а координацію управлінських функцій залишати за опікуном [17]. Тобто опікун має ставати представником за законом інтересів безвісно відсутніх осіб та осіб, місце перебування яких невідоме.

1. Фурса С.Я. Довіреність і інститут представництва у цивільному законодавстві, нотаріальному та цивільному процесі України / Право України. – 1999. – №4. – С. 94-97; Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотаріат в Україні: Загальна частина. – К., 1999. – С. 185 – 201; Фурса С.Я.; Фурса Є.І. Нотаріальний процес. Теоретичні основи. – К., Істина, 2002. – 148-161; Фурса С.Я., Фурса Є.І. Фізичні особи в новому ЦК і нотаріальній діяльності / Нотаріат для Вас. – 2003.-№3 (42). Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотаріат і нотаріальний процес – Харків, 1999 – С. 76; Комарова В.В., Баракова В.В. Нотаріат в Україні. –К.: Юрінкомінтер, 2006. – С. 94. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Сучасні проблеми представництва/ Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. №2 (4). 2. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Знову про генеральну довіреність/ Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. №2 (4). Фурса Є.І. Нотаріат в Україні: Теорія і практика. – К.А.С.К, 2001. – С. 240 –

256. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Представництво за новим ЦК і нотаріат / Право. – 2004. – № 2. 3. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Що собою являє безвідклична довіреність та які випадки її застосування? / Нотаріат Адвокатури Суд. – 2005. №2 (4). 4. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Чи можливо відповідно до ст. 202, 244 ЦК посвідчувати довіреність (одну спільну) / Нотаріат Адвокатури Суд. – 2005. №2 (4). 5. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи. – К.: Істина, 2002. – С. 138. 6. Янков В.В. Представителство в суді / В кн. Гражданский процесс. – М., 1996. – С. 98. 7. Світлична Г.О. Представництво в суді / В кн. Цивільне процесуальне право України / За заг. ред. В.В. Комарова. – Харків, 1999. – С. 117. 8. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л., 1958. С. 156; Белов А.В. Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. М., 2003. С. 421. 9. Синайский В.И. Русское гражданское право. – М., 2002. С. 159; Белов А.В. Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. – М., 2003. – С. 422. 10. Шерстюк М.В. Судебное представительство по гражданским делам. – М., 1984. – С. 14 – 15. 11. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. Кн. 1/ За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 201. 12. Рясенцев В.А. Представитель-

тво и сделки в современном гражданском праве. – М.: Статут, 2006. – С. 320-321. 13. Апоній І.В. Сімейне право України: Навч. посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – С. 210. 14. Фурса С.Я. Сімейний кодекс: Науково – практичний коментар. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – С. 672, 683; Апоній І.В. Сімейне право України: Навч. Посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – С. 337. 15. Ж.-Ф. Пиелу, Ж. Ягр. Профессиональное нотариальное право / Пер. с франц.-Юристь, 2001. – С.130. 16. Зинов'єва А.В. Правовий зміст інституту опіки та піклування над інтересами безвісно відсутньої особи та особи місце перебування якої невідоме/ Юриспруденція: Теорія і практика. 2011. – №.2 (76) – С. 2-8. 17. Зинов'єва А.В. Договір управління майном безвісно відсутньої особи: матеріальний аспект, порядок та процедура нотаріального посвідчення даного договору / Вісник Вищої Ради юстиції. – 2011. – № 1(5). – С. 186-200. Зинов'єва А.В. Діяльність нотаріусів у разі встановлення факту безвісної відсутності особи або визнання особи такою, що місце її перебування невідоме / Юриспруденція: Теорія і практика. 2011. – №.1 (75). – С.27-32.

Надійшла до редколегії 12.09.11

П. Берзін, д-р юрид. наук

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ОЗНАК СКЛАДУ НЕЗАКОННОГО ЗАВОЛОДІННЯ ҐРУНТОВИМ ПОКРИВОМ (ПОВЕРХНЕВИМ ШАРОМ) ЗЕМЕЛЬ (СТ. 239¹ КК УКРАЇНИ)

У статті досліджується зміст окремих ознак складів незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель, передбачених у ст. 239¹ Кримінального кодексу України, а також визначається відсутність відповідності змісту цих ознак положенням чинного земельного законодавства.

Ключові слова: Кримінальний кодекс України, земельне законодавство, незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель.

В статье исследуется содержание отдельных признаков составов незаконного завладения ґрунтовым покрывом земель, предусмотренных ст. 239¹ Уголовного кодекса Украины, а также показывается отсутствие соответствия содержания таких признаков положениям действующего земельного законодательства.

Ключевые слова: Уголовный кодекс Украины, земельное законодательство, незаконное завладение ґрунтовым покрывом земель.

In the article maintenance is probed of separate signs of compositions of the illegal laying hands on the ground cover of earths, foreseen the item of the 239¹ Criminal code of Ukraine, and also absence of accordance of maintenance of such signs is shown to positions of the current landed legislation.

Keywords: Criminal Code of Ukraine, land law, misappropriation of soil lands.

Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довіллі" від 15 листопада 2009 р. Кримінальний кодекс (далі – КК) був доповнений статтею 239¹, що передбачає відповідальність за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель. При цьому на практиці при кваліфікації цього злочину виникає ціла низка проблем, зумовлених невідповідністю змісту ознак складів цього злочину та положень чинного земельного законодавства України. Пояснити це можна ігноруванням законодавцем спеціальних техніко-юридичних правил (приймів) нормотворчості, використання яких дозволяє йому сформулювати у КК конкретні заборони чи приписи таким чином, що вони набувають бланкетного характеру [1, с. 49-50] (зокрема, при викладенні змісту тих ознак складів злочинів, описати які, в силу численності регулюючого нормативного матеріалу, неможливо і недоцільно [2, с. 170-171]). З огляду на це метою даної статті є ілюстрація зазначених невідповідностей між змістом окремих ознак складів злочину, передбаченого ст. 239¹ КК, та положеннями чинного земельного законодавства, які мали бути враховані законодавцем при побудові бланкетного змісту диспозиції цієї кримінально-правової норми, а також визначення того, як само впливають вказані невідповідності на кваліфікацію цього злочину.

Одразу зазначу, що у назві ст. 239¹ КК та диспозиції її ч. 1 використовується поняття ґрунтового покриву та рівнозначне йому поняття поверхневого шару земель, а не поняття ґрунту. Поняття ґрунтового покриву є похідним від поняття ґрунту і вказує на певний поверхневий шар ґрунту, що розташовується у просторі земельної ділянки (землі). Тому ґрунт у чинному земельному законодавстві обґрунтовано визнається одним із складників земельних ділянок (землі). Підставою цього є поло-

ження ч. 2 ст. 79 Земельного кодексу (далі – ЗК), згідно з якою право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар.

При встановленні адміністративної відповідальності за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом землі законодавець розмежував поняття незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (ст. 53³ Кодексу України про адміністративні правопорушення, далі – КУпАП) та поняття зняття і перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок, невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту (ст. 53³ КУпАП). При цьому у назві статті 53³ КУпАП та її диспозиції як рівнозначні вживаються поняття "ґрунтовий покрив" та "поверхневий шар", а у статті 53³ КУпАП – поняття ґрунтового покриву земельних ділянок та родючого шару ґрунту. Водночас у ст. 53³ КУпАП окремо передбачена відповідальність за зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу, а також невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту.

Чинне земельне законодавство не використовує поняття заволодіння стосовно ґрунтів земельних ділянок (земельного покриву). Так, у ч. 2 ст. 168 ЗК використовується формулювання "зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок", а в ч. 3 цієї статті ЗК – "порушення поверхневого шару ґрунту", "зняття, складування, зберігання поверхневого шару ґрунту" та "нанесення поверхневого шару ґрунту на ділянку, з якої він був знятий", поєднання яких включається у зміст поняття рекультиватії. Разом з цим у ч. 3 ст. 168 ЗК поняття порушення поверхневого шару ґрунту та його зняття, складування, зберігання та нанесення на іншу земельну ділянку для підвищення її продуктивності та інших якостей вживаються у значенні, що виходять за межі поняття рекультиватії.