

# До питання визначення

## моменту укладення договору, що підлягає нотаріальному посвідченню



### О. І. Нечипоренко

здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін  
навчально-наукового інституту права та психології  
Національної академії внутрішніх справ

У статті досліджується значення вимоги законодавства щодо обов'язкового нотаріального посвідчення договору для встановлення моменту його укладення і визначення наслідків недодержання цієї вимоги. З метою усунення конкуренції таких наслідків у вигляді встановлення нікчемності або неукладеності договору пропонується внесення змін до ст. ст. 209, 631, 640 Цивільного кодексу України.

**Ключові слова:** форма договору, нотаріальне посвідчення, недійсний договір, неукладений договір.

В статье исследуется значение требования законодательства относительно обязательного нотариального удостоверения для установления момента заключения договора и определения последствий несоблюдения этого требования. С целью устранения возможности конкуренции таких последствий в виде установления ничтожности или незаключенности договора предлагается внесение изменений в ст. ст. 209, 631, 640 Гражданского кодекса Украины.

**Ключевые слова:** форма договора, нотариальное удостоверение, недействительный договор, незаключенный договор.

*This article examines the value of the requirements of law concerning the mandatory notarization for ascertainment the moment of execution of the contract and determining the effects of non-compliance with this requirement. In order to eliminate possibility of competition between such effects in terms of ascertainment of nullity or non-conclusion of the contract are proposed amendments to the Articles 209, 631, 640 of the Civil Code of Ukraine.*

**Keywords:** contract form, notarization, void contract, unconcluded contract.

**П**равочин (договір), як відомо, є актом волевим, «він вчиняється завдяки тому, що воля особи набуває свого зовнішнього прояву за допомогою слів, листа, тексту договору чи відповідної поведінки. Цей зовнішній прояв волі має стосуватися не лише самого факту вчинення правочину, а й його змісту та реального настання тих правових наслідків, якими вони зумовлюються» [1, с. 359]. Через таке тісне сплетіння різнорідних чинників не завжди вдається чітко розрізнати питання укладення договорів та їх дійсності. Це простежується на рівні доктрини, законотворення та правозастосування.

Відповідно до частини 1 статті 638 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору [2]. Буквально це означає, що статус «укладеного» договір набуває за наявності не тільки погодженої волі сторін з усіх істотних умов, а й утілення волевиявлення у належну форму. Загальні вимоги щодо форми договору регулюються нормами про форму правочину (ст. ст. 205-209 ЦК України). Те, що правочин має вчинятися у формі, встанов-

леної законом (ч. 4 ст. 203 ЦК України), є однією із загальних вимог, додержання яких необхідне для чинності правочину (ст. 203 ЦК України). Крім того, договір набирає чинності з моменту його укладення (ч. 2 ст. 631 ЦК України).

Таким чином законодавство моделює нібито монолітний юридичний факт із укладення договору та вимоги законодавства щодо його форми. Однак така єдність викликає сумнів одразу ж, як тільки постає питання про наслідки недодержання вимоги законодавства щодо форми договору, де вступають у конкуренцію неукладеність та недійсність.

Більш виразно ця проблема виявляється щодо письмової форми договорів з нотаріальним посвідченням. Адже частина 3 статті 640 ЦК України моментом укладення договору, що підлягає нотаріальному посвідченню, визначає день такого посвідчення. Разом з тим ч. 1 ст. 220 ЦК України правовим наслідком недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору визначає його нікчемність.

Тому мета цієї статті полягає у дослідженні значення досягнення домовленості сторін та вимоги законодавства про нотаріальне посвідчення договору для визначення моменту його укладення.

Необхідність вивчення форми договору у межах проблематики вчення про виникнення договірного зобов'язання впливає із самої природи договору як домовленості осіб, що беруть у ньому участь, у вигляді їх єдиного волевиявлення, тобто вираженої назовні (об'єктивованої) спільної волі. У зв'язку з цим існування договору без форми виключено у принципі [3, с. 94].

Природно, що у зв'язку із дослідженням категорії договору, питанням форми приділялась увага ба-

гатьма правознавцями, серед яких можна назвати: Л. Ж. Морандьєра, Л. А. Лунц, Д. І. Мейєра, І. Б. Новицького, Р. Сават'є, О. В. Дзеру, А. С. Довгерта, О. А. Беляневич, С. М. Бервено, Д. В. Боброву, С. О. Бородовського, М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, В. В. Груздьова, Н. С. Кузнецову, В. О. Кучера, В. С. Мілаш, В. Г. Олюху, Я. М. Романюка, З. В. Ромовську, В. Г. Ротаня, І. В. Спасибо-Фатееву, С. Я. Фурсу, А. Г. Ярему та ін. Нещодавно у вітчизняній науці з'явилося і комплексне дослідження форми цивільно-правового договору та наслідків її недотримання А. В. Нижного.

Варто зазначити, що сучасними вітчизняними цивілістами приділяється пильна увага співвідношенню поняття «форма договору» із його нотаріальним посвідченням. Адже ст. 209 ЦК України має назву «Нотаріальне посвідчення правочину», натомість термін «нотаріальна форма» у ЦК України 2004 р. взагалі не зустрічається. Науковцями таке нововведення було сприйнято неоднозначно.

С. О. Бородовський робить умовивід, що законодавець, все-таки, відійшов від розуміння нотаріального посвідчення правочину як форми останнього [4, с. 128]. Нотаріальне посвідчення правочину, на думку В. Марченко і І. Спасибо-Фатеевої, не робить його окремою формою, а є різновидом письмової форми. Правочини, які посвідчуються нотаріально, відрізняються від інших правочинів, учинених без такого посвідчення (як іноді кажуть – у простій письмовій формі) лише тим, що спеціально уповноважена посадова особа – нотаріус здійснює на письмовому документі посвідчувальний напис [5]. І. Єсіпов, посилаючись на одне із рішень суду, наводить схоже судження, що «закон встановлює лише дві

форми правочину – усну та письмову ... Що ж до нотаріального посвідчення правочину, то таке посвідчення не є його формою, позаяк такий правочин все одно є письмовим» [6].

Більш докладне роз'яснення дає З. В. Ромовська. «За Цивільним кодексом 1963 р. існувало два види письмової форми угод: «проста письмова» і «нотаріальна».

«Проста письмова» – це такий спосіб волевиявлення, за яким зміст волі фіксувався письмово, але без нотаріального посвідчення.

«Нотаріальна форма» – це ніщо інше, як аркуш паперу з текстом правочину, посвідчений нотаріусом або іншою посадовою особою, уповноваженою на це законом. «Нотаріальна форма» способом волевиявлення учасників правочину не була. Тому назване вище термінологічне розмежування письмової форми правочинів не мало достатньої аргументації.

Нотаріальне посвідчення правочину нічого нового, у плані способу волевиявлення, не додає. Нотаріус ставить лише свої знаки посвідчення (гербову печатку, штамп, підпис) на тексті документа.

Це посвідчення не надає волі особи якогось особливого зовнішнього прояву, а лише засвідчує цю волю. Тому термін «нотаріальна форма» – архаїзм, якого у Цивільному кодексі України немає» [1, с. 363-364].

Протилежну точку зору висловлює А. В. Нижний, який обстоює існування самостійної нотаріальної форми договору. На думку дослідника, «термін «проста письмова» форма є невдалим, оскільки відображає не ключові ознаки цієї форми, а протиставляє її більш складній нотаріальній формі. За таких умов для позначення існуючих на сьогодні форм договору пропонується ви-

користувати терміни «усна», «письмова» та «нотаріальна» форми...» [7, с. 6-7]. Аналізуючи сутність нотаріальної форми договору, А. В. Нижний приходиться до висновку, що під вказаним поняттям слід розуміти встановлений законом спосіб волевиявлення сторін щодо змісту (умов) договору з фіксацією його змісту на певному носії за участю нотаріуса [7, с. 13].

З. В. Ромовська наголошує на тому, що «Нотаріальне посвідчення правочину – це специфічний адміністративно-правовий акт, вчинення якого делеговано державою спеціальним органам та службовим (посадовим) особам» [1, с. 364].

Як вбачається, нотаріальне посвідчення відображає системний правовий вплив на суспільні відносини, де тісно поєднані приватні і публічні інтереси.

Особливе значення нотаріального посвідчення договорів полягає у тому, що договір набуває офіційного статусу, оскільки пов'язується із нотаріальною процесуальною формою. Після нотаріального посвідчення він підпадає під державну охорону, тобто має більшу гарантованість та стабільність завдяки тому, що при його посвідченні нотаріус перевіряє правоздатність та дієздатність юридичних і фізичних осіб, роз'яснює їм їхні права та обов'язки, сутність правочину та наслідки вчиненої нотаріальної дії, тим самим зменшується ризик цих осіб бути обманутими, що дає можливість громадянам вільно розпоряджатися своїми майновими правами. Переваги нотаріальної форми посвідчення договорів полягають і в тому, що нотаріус зобов'язаний перевіряти їх законність, чи не суперечать їх умови інтересам сторін, суспільства, держави. Нотаріальне посвідчення полегшує доказування у разі виникнення спору, робить взаємовідноси-

ни сторін прозорими та визначеними, дає змогу у разі втрати договору отримати його дублікат тощо. Отже, особа, яка уклала та нотаріально посвідчила договір, має не тільки переваги перед особами, які не дотримуються вимог закону щодо обов'язкового нотаріального посвідчення договору, а у неї виникає право вимагати від іншої сторони договору виконання зобов'язань у безспірному порядку, тобто шляхом вчинення на ньому виконавчого напису [8, с. 664]. Іншими словами, нотаріальне посвідчення правочину означає, що його зміст, час і місце вчинення, наміри суб'єктів правочину, його відповідність закону та інші обставини офіційно зафіксовані нотаріусом і розглядаються як встановлені й достовірні [9, с. 35].

Принагідно зазначимо, що за нашим спостереженням, у юридичній літературі частіше висвітлюється лише позитив нотаріального посвідчення для особи. Разом з тим слід брати до уваги, що «будь-яка додаткова вимога до форми договорів об'єктивно призводить до ускладнення і уповільнення процедури укладення договору і, як правило, до додаткових витрат на їх оформлення» [10, с. 274]. Тому важливо, щоб у правовому регулюванні зберігалася «золота середина», коли обов'язкове нотаріальне посвідчення не стає обтяжливим настільки, щоб змушувати осіб шукати інші шляхи врегулювання своїх відносин, в обхід держави.

«Нотаріальний акт, як і будь-який інший правозастосовчий акт, має юридичну силу, тобто здатність породжувати юридичні наслідки ... Нотаріальний акт породжує правові наслідки з моменту його вчинення ... Із здатності нотаріального акту породжувати правові наслідки випливає висно-

вок, що нотаріальний акт як акт застосування норми права завжди є юридичним фактом. Він спричиняє виникнення, зміну чи припинення юридичних прав та обов'язків суб'єктів правовідносин ... А моментом нотаріального посвідчення договору фактично є момент вчинення нотаріусом на договорі нотаріального акту (посвідчувально-го напису). Таким чином, саме з винесенням нотаріального акту у сторін договору виникають права та обов'язки» [8, с. 554-555].

Здається, правильним було б вважати висновок, що відсутність нотаріального посвідчення вказує на відсутність укладеного договору. Тобто договір у такому випадку є неукладеним. Однак закон цим не обмежується. Відповідно до ч. 1 ст. 220 ЦК України невиконання імперативного припису пройти процедуру нотаріального посвідчення призводить до нікчемності договору. Таке правило існувало за чинності попереднього Цивільного кодексу 1963 р. і збереглося за сучасним законом. Тому в теорії цивілістики конкуренція норм щодо регламентації юридичних наслідків у разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення неодноразово привертала увагу юристів. Коментарі науковців характеризують існуючу ситуацію дуалізму як негативну. Подвійне регулювання оцінюється як непослідовне і суперечливе, що породжує різні підходи в науковому середовищі та у правозастосовній практиці [11, с. 77-78; 12, с. 370].

Наведемо приклад із практики. Сторони, які звернулись до суду з первісним і зустрічним позовами, уклали у 1998 р. угоду в простій письмовій формі про купівлю-продаж квартири. Покупець сплатила завдаток і вселилася із сім'єю до зазначеної квартири

з умовою розрахуватись двома платежами протягом року повністю. Сплативши перший платіж, покупець в подальшому відмовилася як виконувати умови договору, так і залишити квартиру, аргументуючи тим, що стали відомі подробиці, які продавець не повідомила при укладенні угоди. Оскільки повернути кошти продавець відмовилась, вони залишилися проживати в квартирі.

У такій ситуації цікавість становить оцінка судами різних інстанцій факту укладення договору з недодержанням вимоги закону про нотаріальне посвідчення.

Постановляючи рішення, суд першої інстанції виходив з того, що між сторонами мала місце домовленість про укладення договору купівлі-продажу квартири, однак самого договору укладено не було, тому права власності на спірне житлове приміщення відповідачі не набули, а сплачений ними на підтвердження укладення договору та забезпечення його виконання завдаток підлягає поверненню.

Скасовуючи частково рішення суду першої інстанції й постановляючи нове рішення, апеляційний суд дійшов висновку щодо відповідальності покупця за невиконання договору. У зв'язку з цим на підставі ч. 2 ст. 195 ЦК (1963 р. – О. Н.) завдаток залишається у сторони, яка його отримала.

Однак із таким висновком не погодився суд касаційної інстанції з наступною мотивацією. Суди першої та апеляційної інстанцій, ухвалюючи рішення, виходили з того, що передана за договором грошова сума є завдатком. За змістом ч. 1 ст. 195 ЦК завдатком може забезпечуватися тільки дійсне зобов'язання, тому правила ч. 2 ст. 195 цього Кодексу про залишення завдатку особі, яка його одержала, застосовується

у випадках, коли договір було укладено, але сторона ухиляється від його виконання. У зазначеному випадку суди не встановили факту укладення договору купівлі-продажу з дотриманням обов'язкової для цього нотаріальної форми, тому висновок апеляційного суду про те, що одержана продавцем грошова сума є завдатком, який залишається у неї в результаті відмови покупця виконати угоду, є помилковим [13]. Нагадаємо, що відповідно до ст. 47 ЦК УРСР 1963 р. за недодержання обов'язкової «нотаріальної форми» передбачалась недійсність угоди.

Наведений приклад свідчить, що коли водночас постає питання значення нотаріального посвідчення для укладення договору та його дійсності, розпізнати ці факти і вірно розставити пріоритети складно навіть суддям.

С. М. Бервено, звертаючи увагу на неузгодженість норм ЦК України про момент укладення договору і недійсність правочину з питання форми, стверджує: «Безумовно недійсність договору у такому разі має превалювати над неукладеністю» [14, с. 46], але не наводить аргументації своєї позиції.

На думку В. В. Сморгочова, невідповідність полягає в тому, що «згідно зі ст. 236 ЦК України, що визначає момент недійсності договорів, нікчемний договір або договір, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення ... нікчемний договір або договір, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його укладення, отже, недійсним може бути тільки укладений договір, а договір, який не було укладено, – фактично не існує як юридичний факт, не тягне виникнення, зміни або припинення цивільних прав і обов'язків і, відповідно, не може бути визнаний недійсним» [15].

В. Сураєва, спираючись на схожу за суттю аргументацію, приходять до висновку, що «Єдиним виходом із ситуації, що склалася, є виключення правової норми про нікчемність правочину через недодержання вимоги закону про його нотаріальне посвідчення із закону і заміна процедури вирішення таких випадків» [16].

За усунення подвійності регулювання шляхом виключення нікчемності виступає й В. Г. Олюха. Його пропозиція конкретизована у вигляді змін до ст. 220 ЦК України:

«1. Недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору має наслідком визнання його неукладеним.

2. Якщо сторони домовились щодо всіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухиляється від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір укладеним» [11, с. 79].

Цілком погоджуємося з тим, що ситуація суперечлива і алогічна. Договір не існує, бо він не укладений, тим не менш домовленість сторін законодавець вбачає необхідним ще раз визнати неіснуючою через встановлення її нікчемності, яка діє як «юридичний порок, вражаючий договір при його вчиненні до такого ступеня, що договір знищується і закон не пов'язує із ним правових наслідків» [17, с. 278].

Насправді сторони визначаються зі змістом договору (по суті, укладають договір) ще до нотаріального посвідчення. Як слушно зазначав Д. І. Мейєр, «для правочину суттєво тільки, щоб воля, спрямована до зміни існуючих юридичних відносин, була виражена, а у тій чи іншій формі – це байдуже» [18, с. 165]. Безперечно, форма дого-

вору не є елементом його змісту. Отже, договір, як узгоджена сторонами воля, і форма її вираження – це різні юридичні факти [6], з чим слід рахуватись. Нотаріальне посвідчення є вже наступним кроком після його укладення. При цьому момент досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов договору в об'єктивованій для сприйняття формі може бути значно віддаленим у часі від нотаріального посвідчення, а необхідність використання спеціальних бланків нотаріальних документів і підписання у присутності нотаріуса максимально зближує у часі інші моменти: надання договору письмової форми і нотаріальне посвідчення як адміністративно-правового акту.

Проте вважаємо, що пропозиція відмовитись від встановлення наслідку у вигляді нікчемності не зможе знайти законодавчого втілення. Це впливає із різнопланових цілей правового регулювання, досягнення яких покладається на нотаріальне посвідчення у приватноправовій та публічно-правовій сферах одночасно. Коли нотаріальне посвідчення встановлює держава як обов'язок, вона прагне примусити учасників цивільно-правових відносин його дотримуватись.

Тому момент укладення договору штучно «притягується» до моменту нотаріального посвідчення. Побіжно це доводить і можливість конвалідації договору укладеного, але не оформленого нотаріальним посвідченням (ч. 2 ст. 220 ЦК України). При цьому досягненню згоди з усіх істотних умов одночасно надається різне значення. Як для конвалідації – це юридичний факт, як для договірної зобов'язання – ні. Як зазначалося, такий дуалізм не сприяє чіткості правового регулювання укладення договору та змушує замислитись над можливістю розмежування, у не-

обхідних випадках, моментів укладення договору (досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов) і набуття ним чинності (виконання вимог закону, які визначені як необхідні для чинності правочину).

Визнання власної юридичної цінності за домовленістю сторін з усіх істотних умов у формі, доступній для сприйняття (навіть неналежній), дає можливість відновити логічну послідовність, зберегти взаємозв'язок двох різних юридичних явищ – не дійсним може бути лише укладений договір. У разі нікчемності договору через недодержання вимоги нотаріального посвідчення він залишається укладеним, але нечинним, позбавленим юридичної сили.

Тому вважаємо, що приведенню законодавства у відповідність із логікою правового регулювання мало б сприяти внесення таких змін до Цивільного кодексу України:

ч. 1 ст. 209 ЦК України доповнити абз. 2 такого змісту: Правочин, який підлягає нотаріальному посвідченню відповідно до закону, набирає чинності з моменту його нотаріального посвідчення;

ч. 2 ст. 631 ЦК України після слів «з моменту його укладення» доповнити словами «якщо інше не передбачено законом» і викласти у такій редакції: Договір набирає чинності з моменту його укладення, якщо інше не передбачено законом;

ч. 3 ст. 640 ЦК України виключити.

Така пропозиція, як і будь-яке внесення змін до законодавства, особливо до кодифікованих законів, мають бути максимально зважені та вивірені. Тому порушені у цій статті питання потребують подальшого всебічного дослідження і широкого обговорення у фаховому середовищі.

**Список використаної літератури**

1. *Ромовська З. В.* Українське цивільне право : загальна частина. Академічний курс. Підруч. – К. : Атіка, 2005. – 560 с.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>
3. *Груздев В. В.* Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву : моногр. / В. В. Груздев. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 272 с.
4. *Бородовський С. О.* Роль і значення інституту нотаріату в сфері надання юридичної вірогідності правочинам // Часопис Київського університету права. – № 2. – 2011. – С. 126-129.
5. *Марченко В.* Нотаріальне посвідчення правочину / В. Марченко, І. Спасибо-Фатеева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.yurradnik.com.ua>
6. *Єсіпов І.* Договір як юридичний факт [Електронний ресурс] / І. Єсіпов // «Юридичний журнал». – 2005. – № 2. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua>
7. *Нижний А. В.* Форма цивільно-правового договору та наслідки її недотримання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Нижний. – К., 2011. – 23 с.
8. Теорія нотаріального процесу : науково-практ. посіб. / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта ; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
9. *Романюк Я. М.* Умови та порядок визнання нікчемних правочинів дійсними / Я. М. Романюк // Вісник Верховного Суду України. – № 2 (114). – 2010. – С. 35-40.
10. *Брагинский М. И.* Договорное право : общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Издательство «Статут», 1997. – 628 с.
11. *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір : поняття, функції та система : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Г. Олюха. – К., 2003. – 191 с.
12. *Мілаш В. С.* Господарське право : курс лекцій : у 2 ч. / В. С. Мілаш. – Х. : Право, 2008. – Ч. 1. – 2008. – 496 с.
13. Ухвала Верховного Суду України (витяг) від 19.08.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>
14. *Бервено С. М.* Проблеми договірної права України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / С. М. Бервено. – К., 2006. – 440 с.
15. *Сморчков В. В.* Договір недійсний / В. В. Сморчков // Юридичний вісник України. – 2007. – № 32 (632).
16. *Сураева В.* Тож недійсний чи неукладений? / В. Сураева // Юридичний вісник України. – 2006. – № 11 (559). – 18-24 бер.
17. *Саватье Р.* Теория обязательств : юридический и экономический очерк / Р. Саватье : пер. с франц. и вступ. статья доктора юрид. наук Р. О. Халфиной. – М. : Издательство «ПРОГРЕСС», 1972. – 440 с.
18. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право / Д. И. Мейер ; под ред. А. Вицына. – [3-е изд., испр.]. – С.-Петербург : Издание Николая Тиблена, 1864. – 789 с.