

ПРАВОЗНАВСТВО

УДК 341.95

Кармаза О.О., к.юр.н., доцент кафедри цивільних та кримінально-правових дисциплін УДУФМТ

ОСОБЛИВОСТІ ПОСВІДЧЕННЯ НОТАРІУСАМИ ПРАВОЧИНІВ ПРО ВІДЧУЖЕННЯ ЖИТЛА В МІЖНАРОДНОМУ НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Досліджуються теоретичні та практичні особливості нотаріальних дій з іноземним елементом щодо житла в міжнародному нотаріальному процесі.

Ключові слова: житло, нотаріальні дії, іноземний елемент, міжнародний нотаріальний процес

Исследуются теоретические и практические особенности нотариальных действий с иностранным элементом по поводу жилья в международном нотариальном процессе.

Ключевые слова: жилье, нотариальные действия, иностранный элемент, международный процесс

The article provides research of theoretical and practical peculiarities of notary proceedings with foreign element regarding housing in international notary process.

Key words: residence, notary proceedings, foreign element, international notary process

Постановка проблеми. Кількість звернень іноземців до нотаріусів в Україні з метою посвідчення різних правочинів щодо житла, право на яке зареєстроване в Україні, щороку зростає. Це пояснюється різними чинниками, зокрема лібералізацією всіх сфер життєдіяльності суспільства.

Тому, процесуальний порядок вчинення нотаріальних дій щодо житла, де стороною (сторонами) правочину є іноземець, їх особливостей в нотаріальному процесі є актуальною темою дослідження не одного покоління, оскільки такі дії нотаріуса тісно пов'язані із охороною та захистом житлових прав громадян в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні та практичні аспекти нотаріального процесу в Україні були і залишаються актуальною темою досліджень, зокрема таких вітчизняних вчених та науковців, як М. Бондаревої, І.Бондар, І. Мельник, В.Комарова, С.Снідевича, С.Фурса, Є. Фурса та ін. [1, 2]. Однак, питання вчинення нотаріальних дій з іноземним елементом щодо житла в українській науці майже не досліджене, оскільки у працях більшості дослідників увага звертається саме на нотаріальний процес, який не ускладнений іноземним елементом. У зв'язку з цим та з урахуванням розвитку житлових відносин з іноземним елементом в Україні стаття є актуальною.

Метою статті є здійснення загального аналізу нотаріальних дій з іноземним елементом щодо житла, право на яке зареєстроване в Україні.

Виклад основного матеріалу. Статтею 26 Конституції України передбачено, що іноземці, особи без громадянства (далі – іноземці), які перебувають на законних підставах в Україні, користуються тими самими правами, несуть такі ж обов'язки, які громадяни України, якщо інше не передбачено законом. Тобто, іноземці мають право звертатися до нотаріуса в Україні щодо вчинення нотаріальних дій, наприклад, посвідчення правочину договору купівлі-продажу житла, право на яке зареєстроване в Україні.

Ускладненість нотаріального провадження з іноземним елементом зумовлює міжнародний характер такого провадження та його зв'язок із правовими системами інших країн. В.Кисіль, зокрема, слушно звертає увагу на те, що наявність іноземного елемента надає приватноправовим відносинам нову суттєву якість, що вимагає особливих прийомів, способів та методів регулювання [3, с. 39].

Іноземним елементом у нотаріальному провадженні щодо вчинення правочинів про відчуження житла в Україні у більшості випадків є суб'єкт – іноземець, який на законних підставах перебуває в Україні. Однак, іноземним елементом, як вбачається із аналізу статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», може бути об'єкт, який знаходиться на території іноземної країни. Наприклад, громадянин України на території України має право укласти договір дарування житла, право на яке зареєстроване в іноземній державі, якщо це передбачено чинними міжнародними договорами України та не суперечить закону іноземної країни. Крім того, іноземним елементом в нотаріальних діях може бути одночасно і суб'єкт, і об'єкт. Наприклад, після смерті громадянина в Україні відкрилася спадщина, до складу якої ввійшла квартира, право на яке зареєстроване в Україні, житловий будинок, право на яке зареєстроване в іноземній країні, а спадкоємцями є як громадяни України, так і іноземці.

Проте при здійсненні нотаріальних дій з іноземним елементом необхідно в першу чергу визначити правовий режим, в рамках якого іноземець вступає у відповідні житлові відносини в Україні. Ми погоджуємося із І.Медведевим у тому, що саме від правового режиму залежить можливість участі іноземця в нотаріальному провадженні на території країни-перебування [4, с. 167].

Здійснивши системний аналіз норм Конституції України, Цивільного кодексу України, законів України «Про міжнародне приватне право», «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» та «Про нотаріат», а також норм чинних міжнародних договорів України, відмітимо, що законодавство України, як і законодавство більшості іноземних держав, закріпило для іноземців національний правовий режим. Тобто, дія національного правового режиму в нотаріальному процесі, зокрема, означає, що іноземці мають рівне право з громадянами України на звернення до нотаріуса для вчинення нотаріальних дій, зокрема направлених на посвідчення правочинів щодо відчуження житла, право на яке зареєстроване в Україні.

Відповідно до статті 55 Закону України «Про нотаріат» посвідчення правочинів щодо відчуження, іпотеки житлового будинку, квартири, дачі, іншого нерухомого майна, провадиться за місцезнаходженням (місцем реєстрації) цього майна або за місцезнаходженням (місцем реєстрації) однієї із сторін відповідного правочину. Крім того, згідно із статтею 38 Закону України «Про міжнародне приватне право» право власності та інші речові права на нерухоме майно визначаються правом держави, у якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом. Тобто, у разі коли право на житло зареєстроване в Україні, здійснення нотаріальних дій з іноземним елементом, пов'язаних з переходом прав на таке житло, є виключною компетенцією нотаріусів України; компетенція іноземних посадових осіб, а також консульських установ України (стаття 38 Закону України «Про нотаріат»), щодо посвідчення правочинів стосовно такого житла, які сприяють переходу прав на житло, що знаходиться на території України, за загальним правилом виключається. Проте інші правочини, наприклад шлюбний договір, у якому визначається режим права власності щодо житла, яке знаходиться на території іноземної держави, закон, а також чинні міжнародні договори, дозволяється укладати іноземцям в Україні.

Слід також зазначити, що з метою недопущення неоднозначності тлумачення змісту статті 55 Закону України «Про нотаріат», за якою посвідчення правочинів щодо відчуження, іпотеки житлового будинку, квартири, дачі, іншого нерухомого майна, провадиться за місцезнаходженням (місцем реєстрації) цього майна або за місцезнаходженням (місцем реєстрації) однієї із сторін відповідного правочину, ця стаття Закону потребує уточнення, а саме: після слів «відповідного правочину» додати слова «в Україні».

Згідно із статтею 1 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальних дій з іноземним елементом щодо посвідчення правочину про відчуження житла, право на яке зареєстроване в Україні, покладається на державних чи приватних нотаріусів. Законодавство та доктрина не розкриває значення терміну «нотаріальна дія з іноземним елементом».

Дослідивши доктринальні аспекти міжнародного нотаріального процесу, міжнародного приватного права, а також законодавства про міжнародне приватне право, про нотаріат, ми пропонуємо під нотаріальними діями з іноземним елементом щодо житла, право на яке зареєстроване в Україні, розуміти у вузькому значенні здійснення від імені держави України в межах повноважень та у спосіб, передбачений законом України, дій нотаріусами щодо укладення юридично-значимого акту щодо житла, направлено на захист законних прав та інтересів суб'єктів житлових відносин з іноземним елементом у сфері безспірної юрисдикції; у широкому значенні як комплексний інститут публічно-правової направленості, регламентований національним законодавством та загальноприйнятими принципами і нормами міжнародного права, які необхідні для надання кваліфікованої юридичної допомоги особам щодо захисту житлових прав громадян в Україні.

Відмітимо, що до нотаріальних дій з іноземним елементом щодо житла, право на яке зареєстроване в Україні, та які вчиняються нотаріусами в Україні, Законом України «Про нотаріат», зокрема, віднесено: посвідчення правочинів (договорів купівлі-продажу житла, найму житла, довічного утримання (догляду), заповіту тощо); вживання заходів з охорони спадкового майна, до складу якої входить житло; видача свідоцтва про право на спадщину, свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя; накладення та зняття заборони щодо відчуження житла (майнових прав на житло); здійснення інших нотаріальних дій, визначених законом.

Порядок вчинення нотаріальних дій з іноземним елементом щодо посвідчення правочину про відчуження житла нотаріусами в Україні встановлюється Законом України «Про міжнародне приватне право», Законом України «Про нотаріат», чинними міжнародними договорами України, а також іншими законодавчими актами України, наприклад, Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженим Наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 року № 296/1, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України від 22 лютого 2012 року № 282/20595 (далі – Порядок), тощо.

З урахуванням процесуального характеру нотаріального права вченими, наприклад, С.Фурсою та Є.Фурсою [1, с. 380] виділяються такі стадії вчинення нотаріальних дій, які характерні і для нотаріальних дій з іноземним елементом щодо житла, а саме: відкриття нотаріального провадження, підготовка до вчинення нотаріального провадження, вчинення нотаріальних дій та видача нотаріального акту. Підтримуючи запропоновані стадії нотаріальних проваджень в нотаріальному процесі, зазначимо, що правочини щодо житла відповідно до вимог ЦК не тільки нотаріально посвідчуються, а й підлягають державній реєстрації відповідно до закону. Так, з метою спрощення процедури державної реєстрації прав на нерухоме майно 4 липня 2012 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення та спрощення процедури державної реєстрації земельних ділянок та речових прав на нерухоме майно» (далі – Закон від 4 липня 2012 р.), яким на нотаріусів покладено повноваження щодо здійснення державної реєстрації прав власності та інших речових прав на вже зареєстровані об'єкти нерухомості, зокрема житло, з внесенням відповідної інформації до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. У зв'язку з цим, нами пропонується виділяти четверту стадію нотаріального провадження – вчинення нотаріусом державної реєстрації прав на житло та їх обтяжень.

Перша та друга стадії нотаріального провадження з іноземним елементом щодо житла мають певні особливості, які характерні тільки для нотаріальних дій з іноземним елементом. Тому, нами досліджуються не всі стадії нотаріального провадження з іноземним елементом щодо житла, а лише ті, які мають суттєві особливості, пов'язані з наявністю іноземного елемента у нотаріальних діях, хоча інші стадії не позбавлені також таких особливостей.

Перша стадія є фактично фіксацією звернення іноземця до нотаріуса в Україні з вимогою вчинення нотаріальних дій щодо житла, наприклад, посвідчення договору-купівлі продажу житла, право на яке зареєстроване в Україні. Друга стадія – передбачає забезпечення вчинення нотаріальної дії з іноземним елементом та посвідчення законного і обґрунтованого нотаріального акту. На цій стадії нотаріус перевіряє певні умови, зокрема, з'ясовує право, якої країни слід застосувати при посвідченні зазначеного правочину тощо, а також приймає остаточне рішення про можливість вчинення нотаріальної дії щодо житла чи відмову у його вчиненні.

Так, на другій стадії нотаріального провадження з іноземним елементом щодо житла нотаріус здійснює кваліфікацію правової ситуації з іноземним елементом, вибирає колізійну норму права держави для застосування, а також застосовує матеріальну норму компетентного правопорядку тощо. Розглянемо деякі особливості.

Кваліфікація правової ситуації з іноземним елементом полягає у тому, що у разі звернення зацікавлених осіб до нотаріуса в Україні останній повинен проаналізувати правову ситуацію (правові відносини) з точки зору наявності в ній іноземного елемента або виникнення такого елемента в майбутньому.

Нотаріус відповідно до вимог Закону України «Про нотаріат», а також Порядку при аналізі правових відносин користується даними, які надають сторони щодо їхнього правового статусу, місця проживання, місця знаходження житла та його правового режиму, а також мети та наслідків, які хочуть досягнути зацікавлені особи за допомогою звернення за нотаріальним засвідченням певних юридичних фактів тощо. Нотаріус кваліфікує юридичні поняття відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право».

Слід зазначити, що питання кваліфікації сторони правочину як суб'єкта іноземного права є первинним, оскільки від його вирішення залежать особливості нотаріальних дій. Тому висновок про наявність зв'язку учасника правочину щодо житла з іноземною юрисдикцією дає підстави охарактеризувати правові відносини сторін як такі, що містять іноземний елемент, і спонукають до необхідності вирішення колізійних питань.

Встановивши наявність іноземного елемента у житлових відносинах відповідно до вимог Закону України «Про міжнародне приватне право», нотаріус переходить до наступного етапу – вибору права (компетентного порядку) держави для врегулювання суб'єктивних прав

та обов'язків сторін нотаріального акту. Для цього він звертається до колізійних норм Закону України «Про міжнародне приватне право» та чинних міжнародних договорах України. Так, відповідно до статті 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» право, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України.

Наприклад, при спадкуванні іноземцем в Україні нерухомого майна, зокрема житлового будинку, який входить до складу спадщини, та право на яке зареєстровано в Україні, відносини відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право» регулюються правом України. При посвідченні договору купівлі-продажу іноземцем житла, право на яке зареєстроване в Україні, форма правочину визначається відповідно до права України (стаття 31 зазначеного Закону), тобто письмова форма договору підлягає нотаріальному посвідченню та обов'язковій державній реєстрації. Такий правочин є вчиненим з моменту його державної реєстрації (стаття 210 ЦК).

Згідно із статтею 7 Закону України «Про міжнародне приватне право» при визначенні права, що підлягає застосуванню нотаріус керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом.

Необхідно відмітити, що проблема правової кваліфікації є надзвичайно складною для теорії та практики, оскільки схожі колізійні норми іноземних країн з однаковими юридичними поняттями інколи розуміються та застосовуються у державах по різному. Так, наприклад, це стосується таких понять, як «власність», «нерухомість», «місце проживання» тощо.

Як нами вже зазначалося, першим кроком нотаріуса є кваліфікація сторони правочину в якості іноземця, яка здійснюється за загальним правилом, визначеним законом України. Тобто, нотаріус встановлює особу – іноземця, а також перевіряє його правоздатність та дієздатність відповідно до вимог Законів України «Про міжнародне приватне право», «Про нотаріат» та чинних міжнародних договорів України. Отже, нотаріус, перш ніж вчиняти нотаріальні дії, має переконатися у тому, що фізична особа не є громадянином України, а є іноземцем – громадянином іноземної держави чи особою без громадянства. Обов'язок довести факт наявності іноземного громадянства покладається на іноземця, який звернувся до нотаріуса для вчинення нотаріальної дії. Роль нотаріуса полягає в оцінці наданих матеріалів та перевірці їхнього змісту у випадку виявлення сумніву щодо їхньої достовірності.

Для підтвердження даної обставини можуть бути надані офіційні документи, видані компетентними органами іноземної держави, з яких прямо слідує громадянство особи. Як правило, таким документом є національний паспорт іноземного громадянина або документ, що його замінює, наприклад, свідоцтво про громадянство, яке видається консульськими установами іноземних держав на території України.

Встановивши особу іноземця, а також факт його особистого звернення за вчиненням нотаріальних дій під власним іменем, нотаріус встановлює правоздатність та дієздатність іноземця. Як правило, на цьому етапі виникає необхідність застосування відповідних матеріальних норм іноземного права. Відповідно до статті 17 Закону України «Про міжнародне приватне право» виникнення та припинення цивільної правоздатності фізичної особи визнається її особистим законом – законом громадянства або законом доміцилію. Іноземці мають цивільну правоздатність в Україні нарівні з громадянами України, крім випадків, передбачених законом або міжнародними договорами України.

Однак, визначення правоздатності у чинних міжнародних договорах України різняться із Законом України «Про міжнародне право». Так, статтею 22 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах передбачено, що правоздатність фізичної особи визначається законодавством Договірної Сторони, громадянином якої є ця особа. Тобто, встановлено прив'язку тільки до закону громадянства держави.

Цивільна дієздатність іноземця відповідно до статті 18 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначається його особистим законом, тобто правом держави, громадянином якої він є, або правом, держави, на території якої він має місце проживання, чи займається основною діяльністю. Проте цивільна дієздатність іноземців щодо вчинення в Україні правочинів та зобов'язань, які виникають внаслідок завдання шкоди, визначаються за правом України, якщо інше не передбачено законом. Підстави та правові наслідки визнання фізичної особи недієздатною або обмеження цивільної дієздатності фізичної особи регулюються особистим законом цієї особи.

Як вбачається, закон України підпорядкував цивільну правоздатність і цивільну дієздатність особистому закону фізичної особи – *lex personalis*. Застосування особистого закону іноземного громадянина до цивільної дієздатності означає, що іноземний громадянин, який є дієздатним за особистим законом – законом громадянства, наприклад, повинен вважатися дієздатним і в Україні. Проте на практиці може виникнути ситуація, коли особа визнана в державі свого громадянства недієздатною, в Україні такою не вважається. У цьому випадку законодавці визначили, що встановлення дієздатності іноземця може здійснюватися за правом держави місця вчинення правочинів (*lex loci contractus*) або вчинення делікту (*lex loci delicti commissi*), якщо інше не передбачено законом.

Крім того, особливістю вчинення нотаріальних дій з іноземним елементом щодо посвідчення правочинів про відчуження житла, є перевірка нотаріусом законності перебування іноземця в Україні. На підтвердження цього нотаріус має записати реквізити візи, термін її дії. У разі якщо між Україною та країною, звідки прибув іноземець, встановлено безвізовий режим пересування, нотаріус запише тільки термін реєстрації іноземця на території України.

На практиці може виникнути ситуація, коли громадянин України звернеться в Україні до нотаріуса щодо посвідчення договору дарування житла, право на яке зареєстроване в Росії. Звернення до нотаріуса в Україні щодо посвідчення такого договору може бути обумовлено об'єктивними причинами, наприклад, хворобою. В такому разі нотаріус, дослідивши норми Закону України «Про міжнародне приватне право», статті 98 Закону України «Про нотаріат», буде керуватися вимогами статті 1213 ЦК Російської Федерації, за якими до договорів стосовно нерухомого майна, яке перебуває в Російській Федерації, застосовується російське право. Тобто, нотаріус в Україні застосує норми іноземного права. В такому випадку застосування норм іноземного права в нотаріальному процесі при прямій вказівці на це в колізійній нормі, є обов'язком, а не правом нотаріуса. Однак, чи правомірними будуть такі дії нотаріуса, оскільки, в силу процесуальних правил, визначених в ст. 40 та 56 Основ законодавства Російської Федерації про нотаріат, предметом яких є відчуження житла, посвідчуються нотаріусом за місцем знаходження такого нерухомого майна. Отже, російським законом передбачено виключну компетенцію російських нотаріусів при посвідченні таких правочинів.

Відмітимо, що застосування норм іноземного права в нотаріальному процесі, є однією із найскладніших етапів нотаріального провадження, оскільки нотаріусу необхідно знати норми чинних міжнародних договорів України, а також відповідні норми іноземних країн. У зв'язку з цим, пропонується у Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передбачити окремий розділ щодо застосування норм іноземного права в нотаріальному провадженні з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про міжнародне приватне право».

Також особливістю нотаріальних дій з іноземним елементом щодо житла, відповідно до статті 100 Закону України «Про нотаріат», є надання нотаріусу легалізованих документів, які складено за кордоном із участю іноземних органів влади. Без легалізації документи приймаються нотаріусами у випадках, передбачених законом України, чинними міжнародними договорами України. Наприклад, Конвенцією, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів (1961 р.), яка є чинною для України.

Слід також зазначити, що на третій стадії нотаріального провадження, відповідно до статті 48 Закону України «Про нотаріат», при посвідченні правочинів на відповідних документах вчиняються посвідчувальні написи. Відмітимо, що нотаріальна процедура підпорядковується закону правозастосування – закону України, що є відображенням в нотаріальному процесі дії колізійного принципу закону суду, – вона є незмінною як у випадку, коли сторонами правочину є громадяни України, так і у випадку, коли стороною чи сторонами є іноземці.

Висновок. Особливостями посвідчення правочинів про відчуження житла в міжнародному нотаріальному процесу, зокрема, є: 1) наявність у житлових відносинах іноземного елементу; 2) здійснення нотаріусом правової кваліфікації сторони (сторін) правочину, а також перевірка визначення обсягу цивільної дієздатності фізичних осіб і перевірка цивільної правоздатності та дієздатності юридичних осіб, перевірка повноважень представника фізичної або юридичної особи; 3) підпорядкування нотаріального провадження з іноземним елементом щодо житла, право на яке зареєстроване в Україні, закону України; 4) виконання нотаріусом функції державного реєстратора прав на нерухоме майно відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Література

1. Теорія нотаріального процесу : Науково-практичний посібник / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
2. Комаров В. В. Нотаріат в Україні: Підручник / В. В. Комаров, В. В. Баранкова. – Х.: «Право», 2011. – 384 с.
3. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. д-ра ю.н., проф. А. Довгерт [Довгерт А.С., Кисіль В.І., Бірюков О.М., Калакура В.Я., Кармаза О.О., Серьогін О.Ю. та ін.] – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008.
4. Медведев И.Г. Особенности нотариального удостоверения сделок с участием иностранных лиц / И. Г. Медведев // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра нотариальных исследований. – М., 2012. – 214 с.