
ПРОБЛЕМНІ
ПИТАННЯ
НОТАРІАЛЬНОЇ
ПРАКТИКИ

Харків

2008

ББК 67.9 (4УКР) 410
УДК 347.961 (477) (07)
П78

Автори:

Носік В. В., доктор юридичних наук, національний Київський Університет ім. Тараса Шевченка (глава 1);

Спасибо-Фатеева І. В., доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, член-кореспондент Академії правових наук України (параграфи 2.1, 2.2, 2.3, 3.2, 3.4, 4.3, 4.4);

Жилінкова І. В., доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, член-кореспондент Академії правових наук України (параграфи 2.6, 3.1, 4.1);

Печений О. П., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого (параграфи 2.4, 3.3, 4.2, 4.5, 4.6, 4.7).

Посібник видано за підтримки американського народу через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) та Корпорацію «Виклики тисячоліття». Видання не обов'язково відображає позицію USAID чи уряду США. За зміст несе відповідальність благодійна організація «Центр комерційного права».

Відгуки та пропозиції просимо надсилати за адресою:

Центр комерційного права

01024, м. Київ, вул. Круглоуніверситетська, 13.

Тел.: (044) 490-65-75, факс: (044) 490-65-74.

E-mail: clc@clc.com.ua.

Web-site: <http://www.commerciallaw.com.ua>.

Носік В. В., Спасибо-Фатеева І. В., Жилінкова І. В., Печений О. П.
П78 Проблемні питання нотаріальної практики. – Х., 2008. – 96 с.

ISBN 978-966-96612-9-6

Посібник «Проблемні питання нотаріальної практики» пропонує відповіді на деякі найактуальніші питання в діяльності практикуючих нотаріусів. Колектив авторів наводить власну точку зору на проблеми застосування земельного законодавства в нотаріальній практиці, іпотечних договорів, особливостей посвідчення договорів відчуження, поділу та виділу майна, посвідчення та скасування довіреностей, а також найбільш складні аспекти спадкування. Тому є природним, що позиції нотаріусів та інших зацікавлених осіб можуть не співпадати з поглядами авторів. Однак зазначений посібник буде корисним для фахівців, оскільки розширює розуміння проблем, що постають у нотаріальній практиці.

Для нотаріусів, науковців, викладачів і студентів вищих навчальних закладів, юристів-практиків.

ББК 67.9 (4УКР) 410

УДК 347.961 (477) (07)

ISBN 978-966-96612-9-6

© Центр комерційного права, 2008

ЗМІСТ

Передмова	5
Список умовних скорочень	7
ГЛАВА І. Проблемні питання застосування земельного законодавства України в нотаріальній практиці	8
§ 1.1 Земельне законодавство України: сучасний стан і перспективи розвитку.....	8
§ 1.2 Проблеми застосування земельного й цивільного законодавства України в нотаріальній практиці.....	9
§ 1.3 Зміст угод про відчуження земельних ділянок і загальні вимоги до їх нотаріального посвідчення	16
§ 1.4 Особливості нотаріального посвідчення договорів відчуження земельних ділянок державної та комунальної власності	19
§ 1.5 Нотаріальне посвідчення договорів міни та інших правочинів із земельними ділянками.....	24
§ 1.6 Нотаріальне посвідчення договорів відчуження земельних ділянок права спільної власності	28
ГЛАВА ІІ.	
Особливості посвідчення договорів відчуження	32
§ 2.1 Посвідчення нотаріусом договору відчуження корпоративних прав	32
§ 2.2 Відчуження підприємства як єдиного майнового комплексу.....	38
§ 2.3 Особливості посвідчення договорів відчуження та іпотеки об'єктів нерухомого майна, не закінчених будівництвом.....	41

-
- § 2.4 Особливості відчуження частки в праві спільної часткової власності у випадку смерті одного зі співвласників45
- § 2.5 Розпорядження часткою в майні, що є об'єктом права спільної власності подружжя47

ГЛАВА III.

Щодо вчинення окремих видів нотаріальних дій. 52

- § 3.1 Порядок посвідчення договорів поділу й виділу майна, що є об'єктом спільної власності.
Порядок виділу майна в натурі.....52
- § 3.2 Посвідчення правочинів про відступлення прав за іпотечним договором.....56
- § 3.3 Встановлення опіки над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, та особи, місце перебування якої невідоме60
- § 3.4 Особливості посвідчення та скасування довіреностей62

ГЛАВА IV.

Окремі питання спадкування. 68

- § 4.1 Заповіт подружжя68
- § 4.2 Порядок розподілу (поділу) спадкового майна між спадкоємцями72
- § 4.3 Порядок оформлення спадкових прав на приватне підприємство75
- § 4.4 Спадкування корпоративних прав78
- § 4.5 Особливості посвідчення спадкового договору82
- § 4.6 Особливості спадкування обов'язкової частки в спадщині89
- § 4.7 Особливості спадкування майна нерезидентів92

ПЕРЕДМОВА

2007 року Міністерство юстиції України в тісній співпраці з Центром комерційного права долучилися до реалізації Порогової програми Корпорації «Виклики тисячоліття», що здійснюється в Україні на підставі Угоди, укладеної між урядами США та України, щодо подолання корупції в державному секторі. Корпорація «Виклики тисячоліття» — державна установа, що надає допомогу країнам, які самостійно розробили відповідні кроки в напрямі утвердження верховенства права та подолання корупції. У разі успішного виконання цієї програми Україна набуде право долучитися до програми повномасштабної економічної допомоги, відомої як Пактова допомога. Ось чому в успіху Порогової програми зацікавлене все суспільство, і, звичайно, усі посадовці, починаючи з перших осіб держави.



Одним із пріоритетів у роботі Міністерства юстиції України, а також центральним із напрямів Порогової програми є реформування системи нотаріату в Україні. І це цілком логічно: нотаріат — важлива частина правової інфраструктури, що забезпечує стабільність і юридичну безпеку цивільного обороту. Нотаріуси є публічними посадовими особами, які отримують повноваження від держави, реалізуючи їх від імені держави та під її контролем. Основним призначенням нотаріусів є надання достовірного, безспірного характеру юридичним діям (правочинам), що вчинюють суб'єкти права — фізичні та юридичні особи, підготовка досконалих правових документів і надання юридичних консультацій і порад тим, хто звертається за ними до нотаріуса. Від чіткої та налагодженої роботи нотаріусів, належного виконання функцій, покладених на них державою, залежить, з одного боку, урахування в цивільному обороті суспільних, публічних інтересів, а з іншого — інтересів окремої особи з її приватними цілями й прагненнями. Отже, функції, які виконують нотаріуси, є важливими як для життєдіяльності окремих осіб, так і для функціонування державних і громадських інституцій.

Відповідно до визначених пріоритетів і чітко окреслених завдань Порогової програми Міністерство юстиції України разом із Центром комер-

ційного права здійснює роботу у сфері реформування системи нотаріату. Розроблено й затверджено детальні плани імплементації, які передбачають, зокрема, удосконалення законодавчої бази; допомогу у створенні ефективної організації нотаріусів на засадах самоуправління, яка регулюватиме діяльність нотаріусів, забезпечуючи рівновагу між потребою в державному контролі за діяльністю нотаріусів та законодавчими гарантіями їх незалежності; удосконалення системи допуску до професії, включаючи запровадження системи анонімного тестування, а також порядку здійснення інспекційних перевірок нотаріусів.

Цей посібник є важливою складовою роботи в зазначеному напрямі. Цінним видається те, що його тематику Міністерство юстиції України визначило на підставі листів і пропозицій самих нотаріусів. Дійсно, нотаріальні дії у сфері спадкового права й земельних відносин на сьогодні є достатньо складними й такими, що містять у собі чимало протиріч. Тому до написання цього посібника були залучені одні з найкращих фахівців. Сподіваємося, він послужить практичним помічником нотаріусам в їхній повсякденній практиці, підкаже відповіді на ті проблемні запитання, що постають при застосуванні земельного, спадкового та іншого законодавства.

*Микола Оніщук,
Міністр юстиції України*

СПИСОК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

КМ України	Кабінет Міністрів України
ВР України	Верховна Рада України
ФДМ України	Фонд державного майна України
КС України	Конституційний суд України
ВС України	Верховний суд України
Держкомзем України	Державний комітет України по земельних ресурсах
Держземагенство України	Державне агентство земельних ресурсів України
Мінрегіонбуд України	Міністерство регіонального розвитку та будівництва України
Мінприроди України	Міністерство охорони навколишнього природного середовища України
Мінагрополітики України	Міністерство аграрної політики України
МСЕК	Органи медико-соціальної експертизи Міністерства охорони здоров'я України
ЗК України	Земельний кодекс України
ЦК України	Цивільний кодекс України
ЦПК України	Цивільний процесуальний кодекс України
ГК України	Господарський кодекс України
СК України	Сімейний кодекс України

ГЛАВА I. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В НОТАРІАЛЬНІЙ ПРАКТИЦІ

§ 1.1 Земельне законодавство України: сучасний стан і перспективи розвитку

Земельне законодавство України є одним з основних елементів національної правової системи й механізму правового регулювання земельних відносин в Україні, а також юридичною формою вираження правових норм, в яких визначається правовий режим землі й земельних ділянок, закріплюються юридичні підстави, умови, способи, порядок набуття, реалізації та припинення суб'єктивних прав на земельні ділянки, установлюються функції, повноваження та правові межі допустимої участі держави й органів місцевого самоврядування в регулюванні земельних відносин, забезпечуються гарантування та юрисдикційний і не юрисдикційний захист здійснення прав на землю, передбачаються організаційно-правові форми й методи охорони землі як основного національного багатства України.

За формами вираження правових норм система й структура земельного законодавства України має таку будову: Конституція України; Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року; спеціальні закони з питань регулювання земельних відносин; інші суміжні закони, в яких регулюються земельні відносини; Укази Президента України; Декрет КМ України; постанови КМ України; рішення Конституційного Суду України; нормативні акти центральних органів державної влади; регуляторні акти місцевих органів державної влади й місцевого самоврядування.

За кількісними показниками станом на червень 2008 року структура земельного законодавства України налічує: понад 68 законів, 2 Декрети КМ України; 9 постанов ВР України, понад 28 Указів Президента України, 58 постанов КМ України, 37 — Держкомзему України, Держземагенства України, ФДМ України, Мінрегіонбуду України, Мінприроди України, Мінагрополітики України; 2 рішення КС України, 5 ухвал КС України про відмову в відкритті конституційного провадження, 2 постанови ВС України.

За змістом, співвідношенням, взаємодією та ефективністю дії правових норм системі земельного законодавства притаманні такі властивості: юридичну модель земельного ладу закріплено в Конституції України; ЗК України 2001 року та прийняті відповідно до нього закони й підзаконні акти не відтворюють і не розвивають конституційних імперативів щодо регулювання земельних відносин; ЗК України не виконує кодифікаційної функції, оскільки його норми мають перехідний характер; норми ЗК Укра-

їни є недосконалими як з погляду визначення понять і категорій, так і з погляду їх змісту, а також взаємодії в практичному застосуванні; мають низьку ефективність; провокують соціальні конфлікти й протистояння, судові тяжби; сприяють прояву корупції у сфері земельних відносин; ЗК України не узгоджено з Лісовим кодексом України, Водним кодексом України, ЦК України, ГК України та іншими законами; зростає питома вага підзаконних актів у регулюванні земельних відносин; розширюється сфера розробки, прийняття і застосування місцевих регуляторних актів у сфері земельних відносин; правовий режим земель більшості категорій не визначений спеціальними законами; прийнятий 2003 року й чинний нині Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» не діє і не застосовується; інші негативні явища.

З огляду на ці та інші негативні явища у сфері законодавчого забезпечення земельних відносин було б доцільно: відмовитися від прийняття кодифікованого закону в вигляді кодексу; розробити й прийняти відповідно до Конституції України три базових закони: «Про власність на землю Українського народу», «Про використання землі Українського народу», «Про охорону землі як основного національного багатства Українського народу»; у разі потреби прийняти спеціальні закони («Про оцінку земель», «Про землеустрій», «Про державний земельний кадастр» тощо); вилучити із суміжних законів норми, що регулюють земельні відносини; узгодити земельні закони з іншими законодавчими актами; адаптувати земельні закони до норм і стандартів законодавства ЄС щодо регулювання земельних відносин; розширити сферу застосування місцевих регуляторних актів із питань здійснення прав на землю та регулювання земельних відносин.

§ 1.2 Проблеми застосування земельного й цивільного законодавства України в нотаріальній практиці

Із проголошенням і законодавчим закріпленням положень щодо власності на землю Українського народу було закладено юридичні основи для переходу від монополії державної власності на землю до поступової трансформації земельних відносин на нових ідеологічних і правових засадах. Однак із причин об'єктивного й суб'єктивного характеру Україна розпочинала, не доводячи до логічного завершення, упроваджувати на практиці чотири різні за напрямками, наслідками, способами, структурою, правовими формами юридичні моделі регулювання земельних відносин, які своїми методологічними, основоположними й концептуальними засадами щодо здійснення права власності на землю Українського народу та використання землі або суперечили одна одній, або ж пропоновані нові напрями реформування і правового регулювання відносин земельної власності

та використання землі, інших природних ресурсів перекреслювали розпочаті раніше реформаційні заходи¹.

Правове забезпечення у сфері реформування земельних і пов'язаних із ними майнових, природоресурсних правовідносин здійснювалося на основі спеціальних законів, Земельних кодексів 1990–1992 років, Водного, Лісового кодексів, Кодексу законів про надра, Постановов ВР України, Указів Президента України, Декретів КМ України, інших нормативних джерел. При цьому до початку 2004 року норми цивільного законодавства не застосовувалися до регулювання реформаційних земельних, природоресурсних та екологічних відносин, за виключенням тих майнових відносин, які виникали й органічно поєднувалися із суспільними відносинами у сфері використання та охорони землі, природних ресурсів, охорони довкілля (відшкодування шкоди, перехід права власності на будівлі й споруди на земельних ділянках, спадкування земельних ділянок, притягнення до цивільної відповідальності за порушення земельного, природоресурсного, екологічного законодавства тощо). Пояснюється це тим, що Цивільний кодекс УРСР 1963 року (ст. 2) закріплював юридичну модель роздільного правового регулювання майнових відносин нормами цивільного законодавства, а земельних, лісових, водних, гірничих — відповідно нормами земельного, лісового, водного законодавства і законодавства про надра. Методологія доктрини радянського цивільного права й законотворення та правозастосування базувалася на тому, що суспільні відносини у сфері використання землі та інших природних ресурсів мають виключно публічний характер, оскільки згідно з Декретом «Про землю» від 25 жовтня 1917 року вся земля та ніші природні ресурси були націоналізовані й перебували в виключній власності держави.

Така практика законодавчого забезпечення реформаційних процесів у сфері правового регулювання майнових, земельних, природоресурсних та екологічних суспільних відносин була сприйнята в доктрині цивільного, земельного, екологічного права й існувала у сфері правозастосування до прийняття ВР України в січні 2003 року ЦК України, в якому по-новому було закріплено положення щодо застосування цивільного законодавства до регулювання суспільних відносин у сфері використання землі, природних ресурсів та охорони довкілля.

У Цивільному кодексі України вміщено 10 статей першої глави першої книги, норми яких визначають юридичну природу цивільних правовідносин і загальні засади співвідношення та взаємодію норм цивільного й земельного законодавства у сфері регулювання відносин щодо використання

¹ Про землеустрій: Закон України № 858-IV від 22.05.2003 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 25. — Ст. 1178.

землі та інших природних ресурсів, а також 47 статей, у яких ужито такі юридичні категорії, як земля, земельні ділянки, землі тощо і які відтворюють конституційні імперативи щодо землі як об'єкта права власності Українського народу, визначають правовий режим землі як об'єкта нерухомого майна, установлюють перелік прав на земельні ділянки громадян, юридичних осіб і держави, закріплюють підстави й умови набуття і реалізації прав на земельні ділянки, передбачають способи захисту земельних прав учасників цивільних правовідносин. Однак цим не обмежується кількість норм, які мають регулювати окремі аспекти земельних відносин.

Зокрема, у ст. 1 ЦК України передбачено, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності її учасників. До майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. Як бачимо, у цій статті Закону серед виключень, на які не поширюється дія норм цього Кодексу, земельні, природоресурсні, екологічні правовідносини не значаться. На основі лише логічного тлумачення змісту норми ст. 1 ЦК України можна дійти висновку, що цей Кодекс має поширюватися на регулювання земельних, природоресурсних, екологічних правовідносин у межах, визначених цим Законом. Тому в п. 1. ст. 9 ЦК України передбачено, що положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Норми ЦК України створюють відповідну юридичну модель правового регулювання земельних відносин, яка характеризується такими основними рисами:

- земельні відносини розглянуто як різновид майнових відносин (ст. ст. 1, 9; п. 1 ст. 181 ЦК України);
- об'єкти земельних відносин: а) земля; б) земельна ділянка; в) садиба;
- землю (земельні ділянки) визнано нерухомою річчю (нерухомим майном, нерухомістю) (ст. 181 ЦК України);
- землю та інші природні ресурси визнано об'єктами права власності Українського народу, від імені якого права власника здійснюють органи державної влади й місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією України (ст. 13 Конституції України, ст. 324 ЦК України);
- землю як об'єкт права власності Українського народу визнано основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави (ст. 14 Конституції України, ст. 373 ЦК України);

- поняття земельної ділянки як об'єкта земельних правовідносин не визначено;
- садибу визнано об'єктом права власності й визначено як земельну ділянку разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними й підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями (ст. 381 ЦК України);
- учасниками майнових (суб'єктами земельних) відносин визнані: а) фізичні особи та юридичні особи; б) іноземці; в) особи без громадянства; г) іноземні юридичні особи; д) держава Україна; е) Автономна Республіка Крим; ж) територіальні громади; и) іноземні держави; к) інші суб'єкти публічного права (наприклад, міжнародні організації) (ст. ст. 2, 374 ЦК України);
- права на землю (земельні ділянки) поділено на речові, зобов'язальні й змішані;
- учасники цивільних правовідносин можуть здійснювати такі речові права на землю (земельні ділянки): а) право власності; б) речові права на чуже майно: 1) право володіння; 2) право користування (сервітут); 3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); 4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій) (ст. ст. 373, 395 та інші ЦК України);
- до зобов'язальних прав віднесено: а) найм (оренду) земельної ділянки (ст. ст. 792, 796 ЦК України); б) ренту (ст. 735 ЦК України);
- до змішаних прав віднесено іпотеку земельної ділянки (ст. 575 ЦК України);
- визначено межі здійснення права власності на землю (п. 3 ст. 373 ЦК України) та інших прав відповідно до закону, договору чи рішення суду;
- передбачено підстави припинення прав на земельні ділянки (ст. ст. 378, 406, 412, 416 ЦК України);
- визначено юрисдикційні та не юрисдикційні способи захисту земельних прав суб'єктів земельних правовідносин (ст. ст. 394, 396 ЦК України);
- урегульовано спадкування права на земельну ділянку (ст. 1225 ЦК України).

У Земельному кодексі України закріплено дещо іншу юридичну модель регулювання земельних відносин, яка характеризується такими рисами:

- земельні відносини визначено як суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження землею (п. 1 ст. 2 ЗК України);
- земельні відносини визнано самостійним видом суспільних відносин і не ототожнено з майновими (п. 1 ст. 3К України);
- закріплено систему й завдання земельного законодавства, його співвідношення з природоресурсним законодавством (ст. ст. 3, 4 ЗК України);

- об'єктами земельних відносин визнані: а) землі в межах території України; б) земельні ділянки; в) права на земельні ділянки; г) права на земельні частки (паї) (п. 3. ст. 2 ЗК України);
- землю визнано основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави (ст. 1 ЗК України);
- усю землю в межах території України, за винятком земель приватної та комунальної власності, визнано власністю держави (ст. ст. 78, 84 ЗК України);
- землі в межах території України за основним цільовим призначенням поділено на 9 категорій (ст. ст. 18–21 ЗК України);
- суб'єктами земельних правовідносин визнані: а) фізичні та юридичні особи України; б) особи без громадянства; в) іноземці та іноземні юридичні особи; г) держава Україна; д) територіальні громади; е) органи державної влади й місцевого самоврядування; ж) іноземні держави (п. 2 ст. 2; ст. ст. 80–85 ЗК України);
- визначено перелік прав на земельні ділянки: а) право власності (гл. 14 ЗК України); б) право оренди землі (гл. 15 ЗК України); в) право постійного користування землею (гл. 15 ЗК України); г) право земельного сервітуту (гл. 16 ЗК України); д) право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) (гл. 16-1 ЗК України); е) право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) (гл. 16-1 ЗК України); є) право добросусідства (гл. 17 ЗК України);
- встановлено обмеження прав на земельні ділянки (гл. 18 ЗК України);
- закріплено форми, підстави, умови, способи й порядок набуття і реалізації та припинення прав на землю (ст. ст. 116–151 ЗК України);
- визначено правові форми, підстави, способи й порядок приватизації землі громадянами України (ст. 116 ЗК України);
- встановлено види, підстави, умови, порядок проведення та юридичне значення оцінки землі (ст. 201 ЗК України);
- визначено способи захисту земельних прав суб'єктів земельних правовідносин (ст. ст. 152–157 ЗК України);
- передбачено порядок вирішення земельних спорів (ст. ст. 158–161 ЗК України);
- встановлено основні засади державного регулювання земельних відносин, визначено функції державного управління у сфері використання та охорони земель (розд. 7 ЗК України);
- передбачено юридичну відповідальність за порушення земельного законодавства (розд. 8 ЗК України).

У Земельному кодексі України закріплено положення щодо співвідношення його норм із нормами інших галузей права. Так, наприклад, за ст. 3

ЗК України передбачено, що земельні відносини регулюються Конституцією України, цим Кодексом, а також прийнятими відповідно до них нормативно-правовими актами. Водночас земельні відносини, що виникають при використанні надр, лісів, вод, а також рослинного й тваринного світу, атмосферного повітря, регулюються цим Кодексом, нормативно-правовими актами про надра, ліси води, рослинний і тваринний світ, атмосферне повітря, якщо вони не суперечать цьому Кодексу.

Оскільки ЦК України було прийнято через два роки після прийняття ЗК України, виникли проблеми теоретичного й практичного характеру щодо співвідношення та взаємодії норм цивільного, земельного, природо-ресурсного й екологічного законодавства. Вирішення цих проблем ускладнюється ще й тим, що впродовж 2003–2007 років ВР України прийняла низку Законів із питань правового регулювання земельних, земельно-майнових, природоресурсних та екологічних суспільних відносин: «Про особисте селянське господарство» від 15 травня 2003 року¹, «Про землеустрій» від 22 травня 2003 року², «Про іпотеку» від 5 червня 2003 року³, «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 5 червня 2003 року⁴, «Про державний контроль за використанням і охороною земель» від 5 червня 2003 року⁵, «Про охорону земель» від 19 червня 2003 року⁶, «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 року⁷, а також запропонувала прийняти закони «Про ринок земель», «Про примусове відчуження земельних ділянок права приватної власності» тощо.

Компаративний аналіз норм Цивільного, Земельного, Водного, Лісового та інших Законів України, в яких закріплено положення щодо співвід-

¹ Про іпотеку: Закон України № 898-IV від 05.06.2003 // *Голос України*. — 2003, 15 липня, № 129.

² Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв): Закон України № 899-IV від 05.06.2003 // *Офіційний вісник України*. — 2003. — № 26. — Ст. 1252.

³ Про державний контроль за використанням та охороною земель: Закон України № 963-IV від 19.06.2003 // *Відомості Верховної Ради України*. — 2003. — № 39. — Ст. 350.

⁴ Про охорону земель: Закон України № 962-IV від 19.06.2003 // *Відомості Верховної Ради України*. — 2003. — № 39. — Ст. 349.

⁵ Про фермерське господарство: Закон України № 973-IV від 19.06.2003 // *Голос України*. — 2003, 29 липня.

⁶ Про охорону земель: Закон України № 962-IV від 19.06.2003 // *Відомості Верховної Ради України*. — 2003. — № 39. — Ст. 349.

⁷ Про фермерське господарство: Закон України № 973-IV від 19.06.2003 // *Голос України*. — 2003, 29 липня.

ношення та взаємодії норм цивільного законодавства із земельним, природноресурсним та екологічним законодавством, забезпечення реалізації конституційних імперативів у частині здійснення права власності Українського народу на землю та інші природні ресурси, набуття та реалізації громадянами, юридичними особами, державою права власності на земельні ділянки, здійснення фізичними та юридичними особами конституційних прав у сфері використання землі й інших природних ресурсів, показує таке.

Передусім, у цих законах немає узгоджених концептуальних засад щодо запровадження та утвердження в Україні єдиної юридичної моделі регулювання суспільних відносин у сфері здійснення прав на землю і використання та охорони землі й інших природних ресурсів, яка базувалася б на загально визнаних у доктрині земельного й екологічного права методологічних і конституційних засадах використання природних ресурсів та регулювання майнових, земельних, природноресурсних й екологічних правовідносин.

Крім того, науково-теоретичний аналіз і тлумачення змісту ст. ст. 1 і 9 ЦК України дає підстави стверджувати, що в цих нормах Закону встановлено пріоритетний характер норм цивільного законодавства над земельним, природноресурсним й екологічним законодавством, які необхідно буде застосовувати в юридичній практиці крізь призму співвідношення загального й спеціального законів.

Більше того, у нормах Цивільного, Земельного, Лісового кодексів України не виправдано дублюються положення щодо здійснення громадянами та юридичними особами права власності та права користування земельними ділянками, іншими індивідуально визначеними природними ресурсами. Також для цих кодифікованих Законів характерними є колізії, суперечливість, конкуренція норм, які регулюють відносини у сфері здійснення різними суб'єктами прав на землю, інші природні ресурси, охорони довкілля, екологічної безпеки. Останні зміни в Цивільному й Земельному кодексах України щодо здійснення права власності на будівлі й споруди разом із земельними ділянками, реалізації прав на чужі земельні ділянки є фрагментарними. Вони не впливають у цілому на систему й механізм правового регулювання майнових і земельних відносин та відносини у сфері використання природних ресурсів, не вирішують загальної проблеми узгодження та взаємодії норм ЦК України з нормами ЗК України, Лісового кодексу, Водного кодексу, Кодексу законів про надра та інших законів у сфері природокористування та охорони навколишнього природного середовища.

§1.3 Зміст угод про відчуження земельних ділянок і загальні вимоги до їх нотаріального посвідчення

Відповідно до ст. 132 ЗК України угоди про перехід права власності на земельні ділянки укладаються в письмовій формі й нотаріально посвідчуються. Угоди мають містити:

- а) назву сторін (прізвище, ім'я та по батькові громадянина, назва юридичної особи);
- б) вид угоди;
- в) предмет угоди (земельна ділянка з визначенням місця розташування, площі, цільового призначення, складу угідь, правового режиму тощо);
- г) документ, що підтверджує право власності на земельну ділянку;
- д) відомості про відсутність заборон на відчуження земельної ділянки;
- е) відомості про відсутність або наявність обмежень щодо використання земельної ділянки за цільовим призначенням (застава, оренда, сервітути тощо);
- ж) договірну ціну;
- и) зобов'язання сторін.

Угоди про перехід права власності на земельні ділянки вважаються укладеними з дня їх нотаріального посвідчення.

Договори, предметом яких є земельні ділянки та які укладаються в процесі приватизації земель державної та комунальної власності, а також на вторинному ринку землі, за своїм змістом і формою мають відповідати вимогам, закріпленим у чинному ЗК України, а також нормам цивільного законодавства.

Стаття 132 ЗК України передбачає обов'язкове додержання письмової нотаріальної форми правочинів про перехід права власності на земельні ділянки. Це означає, що додержання простої письмової форми є недостатнім для того, щоб визнати договір про перехід права власності від одного суб'єкта до іншого дійсним.

Зміст договорів про перехід права власності на землю залежить від правового режиму земельної ділянки, що відчужується від одного власника до іншого, а також способу відчуження земельної ділянки та виду цивільно-правової угоди. Так, земельні ділянки із земель державної та комунальної власності можуть переходити у власність фізичних та юридичних осіб на підставі договорів купівлі-продажу. В окремих випадках, коли юридична чи фізична особа не має обігових коштів на оплату вартості земельної ділянки, може бути застосований бартерний договір (міна) щодо відчуження земельної ділянки органами державної влади чи місцевого самоврядування. *Якщо земельна ділянка перебуває у власності фізичних чи юридичних осіб, то її відчуження може бути здійснене на підставі договору*

купівлі-продажу, міни, дарування, шляхом звернення стягнення на заставлену земельну ділянку під забезпечення кредитних зобов'язань власника земельної ділянки тощо.

У статті 132 ЗК України закріплено істотні умови, що мають бути внесені до змісту всіх угод про перехід права власності на земельні ділянки. Водночас сторони, керуючись п. 2 ст. 131 ЗК України, мають право вносити до змісту договору додаткові умови, що є характерними для того чи іншого виду цивільно-правових правочинів про перехід права власності на земельні ділянки.

У договорі купівлі-продажу земельної ділянки зазначаються такі істотні умови, як предмет договору, дані про місце розташування, площа, функціональне призначення, обмеження та обтяження на використання земельної ділянки, ціна продажу, умови оплати, порядок розрахунків, права й обов'язки сторін, а також інші умови, які визначаються за погодженням між продавцем і покупцем.

Відповідно до чинного законодавства України укладений договір купівлі-продажу земельної ділянки має бути підписаний сторонами та підлягає нотаріальному посвідченню зі сплатою державного мита.

Після підписання договору купівлі-продажу земельної ділянки сторонами і його нотаріального посвідчення всі раніше укладені договори на право постійного, тимчасового користування втрачають свою чинність, якщо інше не передбачено договором купівлі-продажу земельної ділянки. Водночас за ст. 32 Закону України «Про оренду землі»¹ перехід права власності на орендовану земельну ділянку до іншої особи, а також реорганізація юридичної особи — орендаря не є підставою для зміни умов або розірвання договору, якщо інше не передбачено договором оренди землі.

Укладений і нотаріально оформлений договір купівлі-продажу земельної ділянки разом із рішенням продавця є підставою для відведення земельної ділянки в натурі і легалізації права власності покупця на земельну ділянку.

Предметом договорів про перехід права власності на земельні ділянки є конкретні, індивідуально визначені на місцевості земельні ділянки відповідної площі та правового режиму. Тому при укладенні таких договорів сторони мають чітко визначати місцезнаходження земельної ділянки, її площу, цільове призначення, склад угідь, правовий режим. У випадках коли земельні ділянки відчужують фізичні чи юридичні особи, в договорі щодо предмета окремим пунктом має бути названий документ, що підтверджує право власності на земельну ділянку, а саме Державний акт на право власності на земельну ділянку. Необхідність у цьому зумовлена потребою

¹ Про оренду землі: Закон України № 161-XIV від 06.10.1998 // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 46. — Ст. 280.

підтвердити той факт, що особа є дійсним та законним власником і має право відчужувати таку земельну ділянку. Водночас у договорі слід зазначити, що відносно земельної ділянки немає заборон відчуження. До створення єдиної реєстраційної системи землі та нерухомості таку інформацію можуть надати місцеві органи Держкомзему України, які здійснюють реєстрацію прав на земельні ділянки та ведуть державний земельний кадастр. Якщо земельна ділянка має обтяження чи обмеження щодо її використання за цільовим призначенням, у договорі має бути визначено зміст цих обтяжень та обмежень, а також підстави їх установлення (застава, сервітут, оренда). Право на земельну ділянку може бути обмежено законом чи договором шляхом встановлення заборони на продаж або інше відчуження певним особам протягом установленого строку, заборони передачі в оренду (суборенду), права на переважну купівлю в разі її продажу, умов прийняття спадщини тільки визначеним спадкоємцем, умови розпочати й завершити забудову протягом установлених строків тощо.

У договорах купівлі-продажу, міни (бартеру) має бути вказана договір-на ціна земельної ділянки в національній грошовій одиниці — гривні. *Якщо стороною виступає іноземна держава чи іноземна юридична особа, то сторони можуть визначати грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті. При цьому за ст. 192 ЦК України законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України — гривня. Іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, установлених законом.* Зміст договорів про перехід права власності на земельні ділянки включає також зобов'язання сторін щодо проведення розрахунків, передачі земельних ділянок від однієї особи до іншої, додержання наявних обмежень і обтяжень щодо предмета договору, виконання заходів з охорони й раціонального використання земельних ділянок тощо.

Як зазначено в ст. 132 ЗК України, угоди про перехід права власності на земельні ділянки вважаються укладеними з дня їх нотаріального посвідчення. Це означає, що дійсність укладених договорів купівлі-продажу та інших угод із земельними ділянками підтверджується таким юридичним фактом, як нотаріальне посвідчення таких угод. Однак це не означає, що з моменту нотаріального посвідчення до набувача переходять право власності чи інші права на земельні ділянки. За чинним земельним законодавством України (ст. 125 ЗК України), момент виникнення права власності на землю визначається за наявною сукупністю юридичних фактів, які мають бути вчинені сторонами угод та іншими суб'єктами земельних відносин у процесі переходу прав на земельні ділянки: перенесення меж земельної ділянки в натуру (на місцевість); виготовлення, оформлення та видача Державного акта на пра-

во власності на землю та проведення державної реєстрації документів, що посвідчують право власності чи інші права на земельні ділянки.

§ 1.4 Особливості нотаріального посвідчення договорів відчуження земельних ділянок державної та комунальної власності

Вчинення нотаріальних дій щодо посвідчення угод із земельними ділянками має здійснюватися з додержанням вимог чинного законодавства щодо відчуження земель державної та комунальної власності в приватну власність громадян та юридичних осіб. Не дивлячись на прийнятий 2004 року Закон України «Про розмежування земель державної та комунальної власності»¹, в Україні таке розмежування поки що не проведено і тому комунальну власність на землю не сформовано, що безпосередньо впливає на визначення правового становища продавців таких земельних ділянок при нотаріальному посвідченні договорів купівлі-продажу.

Згідно зі ст. 14 Конституції України громадяни, юридичні особи й держава набувають у власність земельні ділянки виключно відповідно до закону. За ЗК України, громадяни та юридичні особи можуть набувати у власність земельні ділянки із земель державної та комунальної власності лише з підстав, передбачених законом, зокрема за договором купівлі-продажу, дарування, міни, іншими земельно-правовими правочинами, безоплатно чи за плату, залежно від цільового призначення земельної ділянки.

У разі придбання земельної ділянки у власність із земель державної чи комунальної власності за плату громадяни, юридичні особи, іноземні держави мають укладати договори купівлі-продажу таких ділянок відповідно до норм ЗК України з урахуванням вимог ЦК України, в якому передбачено, що земельні ділянки є самостійним предметом цивільно-правових правочинів як особливий об'єкт нерухомості.

Продавцями земельних ділянок державної чи комунальної власності є, відповідно, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, що діють у межах повноважень, визначених ст. ст. 7–17 ЗК України.

Крім того, після внесених Законом України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України»² від 28 грудня 2007 року змін до ЗК України продавцями земель-

¹ Про розмежування земель державної та комунальної власності: Закон України № 1457-IV від 05.02.2004 // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 35. — С. 1370, ст. 411.

² Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України № 107-VI від 28.12.2007 // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 5 (№№ 5–8). — С. 62, ст. 78.

них ділянок визнаються також державні органи приватизації, повноваження яких визначені в ч. 1 ст. 5, ч. 3 ст. 7, ст. 18, ч. 4 ст. 23, ч. 4 ст. 27, ч. 4 ст. 29 Закону України «Про приватизацію державного майна»¹ від 4 березня 1992 року (з наступними змінами й доповненнями, унесеними Законом України від 3 червня 2008 року) і поширюються на відносини у сфері відчуження земельних ділянок державної власності, на яких розташовані об'єкти, що підлягають приватизації.

Згідно із ЗК України, покупцями земельних ділянок із земель державної та комунальної власності можуть бути громадяни України, юридичні особи, засновані громадянами та юридичними особами України, спільні підприємства, засновані за участі іноземних юридичних і фізичних осіб, іноземні фізичні та юридичні особи, іноземні держави. Зазначені суб'єкти можуть укладати договори купівлі-продажу й набувати у власність земельні ділянки із земель державної та комунальної власності як сільськогосподарського, так і несільськогосподарського призначення з урахуванням обмежень, визначених цим Кодексом. При цьому покупцями земель сільськогосподарського призначення можуть бути лише особи, які відповідають вимогам, закріпленим у ст. 130 цього Кодексу.

Зокрема, покупцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва можуть бути:

- а) громадяни України, які мають сільськогосподарську освіту або досвід роботи у сільському господарстві чи займаються веденням товарного сільськогосподарського виробництва;
- б) юридичні особи України, установчими документами яких передбачено ведення сільськогосподарського виробництва.

При цьому переважне право купівлі земельних ділянок сільськогосподарського призначення мають громадяни України, які постійно проживають на території відповідної місцевої ради, де здійснюється продаж земельної ділянки, а також відповідні органи місцевого самоврядування. Чинний ЗК України визначає також критерії щодо покупців земельних ділянок несільськогосподарського призначення, і такі вимоги мають бути враховані при посвідченні угод щодо таких земельних ділянок. Зокрема, варто звертати увагу на те, хто є засновниками юридичних осіб; яке правове становище мають ті чи інші юридичні особи; чи мають юридичні особи в користуванні земельні ділянки, які набуваються у власність; чи є юридичні особи власниками будівель і споруд, розташованих на земельній ділянці, що набувається у власність; тощо.

¹ Про приватизацію державного майна: Закон України № 2163-ХІІ від 04.03.1992 // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24. — Ст. 348.

Предметом договорів купівлі-продажу та інших земельно-правових правочинів можуть бути:

- а) земельні ділянки державної власності, на яких розташовані об'єкти, що підлягають приватизації;
- б) земельні ділянки несільськогосподарського призначення, які знаходяться під об'єктами нерухомого майна, що є власністю покупців цих ділянок, і які перебувають у користуванні (у тому числі на умовах оренди) юридичних та фізичних осіб;
- в) земельні ділянки, на яких знаходяться об'єкти нерухомого майна громадян і юридичних осіб, що не мають юридично оформлених документів на право користування такими земельними ділянками;
- г) незабудовані земельні ділянки, що приватизуються під забудову суб'єктами підприємницької діяльності шляхом проведення земельних торгів.

Не можуть бути покупцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення із земель державної та комунальної власності іноземні особи. Також у ЗК України не передбачено можливість набувати у власність земельні ділянки несільськогосподарського призначення із земель державної та комунальної власності юридичним особам України, які засновані виключно на державній і комунальній власності або особами без громадянства чи іноземними фізичними та юридичними особами.

Земельні ділянки, що підлягають продажу, мають бути вільними від прав на них третіх осіб, за винятком певних обмежень і сервітутів, установлених законом чи рішенням суду відповідно до ст. ст. 98–102, 110–115 ЗК України.

Іноземні фізичні та юридичні особи, особи без громадянства мають право на укладення договорів купівлі-продажу земельних ділянок лише несільськогосподарського призначення для підприємницької діяльності в межах населених пунктів або за їх межами в разі придбання об'єктів нерухомого майна.

Основними способами продажу земельних ділянок є конкурентний продаж та викуп земельної ділянки під об'єктами нерухомого майна, або так званий «договірний продаж». Продаж земельних ділянок із земель державної та комунальної власності має здійснюватися переважно на конкурентних засадах шляхом проведення земельних торгів у порядку, визначеному ст. ст. 134–139 цього Кодексу. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України»¹ від 3 червня 2008 року передбачено, що земельні ділянки державної і комунальної власності мають відчужуватися лише на земельних торгах виключно у формі земельних аукціонів.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України № 309-VI від 03.06.2008 // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 27 (№ 27–28). — С. 700, ст. 253.

У випадках коли покупець земельної ділянки має у власності розташовані на такій ділянці будівлі, споруди, то земельна ділянка підлягає продажу не на конкурентних засадах, а шляхом викупу земельної ділянки власником об'єктів нерухомого майна. Особливості продажу земельних ділянок державної та комунальної власності іноземним державам та юридичним особам закріплено в ст. 129 ЗК України.

Договір купівлі-продажу земельної ділянки укладається між продавцем і покупцем відповідно до вимог чинного законодавства в письмовій формі на підставі рішення продавця, а також результатів земельних торгів, якщо вони проводилися. Договір купівлі-продажу земельної ділянки підлягає нотаріальному посвідченню. Документ про оплату є підставою для видачі державного акта на право власності на земельну ділянку та її державної реєстрації.

Укладений і нотаріально посвідчений договір купівлі-продажу земельної ділянки є підставою для оформлення державного акта на право власності на землю, невід'ємною частиною якого є план зовнішніх меж земельної ділянки.

Державний акт на право власності на землю видається на одну земельну ділянку, що є предметом договору купівлі-продажу. Поняття земельної ділянки як об'єкта права власності визначається в ст. 79 ЗК України.

У разі придбання земельної ділянки у власність двома або більше особами співвласникам видається один державний акт на право власності на земельну ділянку з додаванням списку співвласників придбаної земельної ділянки та їхніх часток у праві спільної часткової власності на земельну ділянку.

Оплата вартості земельної ділянки несільськогосподарського призначення, що приватизується суб'єктами підприємницької діяльності, здійснюється в таких формах: одноразова оплата повної вартості земельної ділянки; оплата вартості земельної ділянки із розстроченням платежів; оплата вартості земельної ділянки зі знижкою платежу.

Спеціальний порядок продажу земельних ділянок державної власності, на яких розташовані об'єкти, що підлягають приватизації, визначається КМ України на поточний рік. Так, наприклад, КМ України постановою від 22 лютого 2008 року затвердив Порядок продажу у 2008 році державними органами приватизації земельних ділянок державної власності, на яких розташовані об'єкти, що підлягають приватизації¹.

¹ Про затвердження Порядку продажу у 2008 році державними органами приватизації земельних ділянок державної власності, на яких розташовані об'єкти, що підлягають приватизації: Постанова Кабінету Міністрів України № 110 від 22.02.2008 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 17. — С. 30, ст. 444, код акту 42347/2008.

Цей Порядок закріплює особливості продажу земельних ділянок під об'єктами, які приватизуються, а саме:

- а) предметом продажу є земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти державної власності, що підлягають приватизації відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про приватизацію державного майна»;
- б) земельні ділянки перебувають у державній власності;
- в) продавцями таких земельних ділянок є державні органи приватизації — ФДМ України, його регіональні відділення, органи приватизації в Автономній Республіці Крим, що становлять єдину систему державних органів приватизації;
- г) основним способом продажу земельних ділянок разом з об'єктами, що приватизуються, є аукціон;
- д) перелік земельних ділянок, що підлягають продажу разом з об'єктами державної власності, що приватизуються, формує ФДМ України разом із Держкомземом України, який у визначені строки має надавати ФДМ України земельно-кадастрову документацію, витяг із технічної документації про нормативну грошову оцінку та інформацію щодо наявності земельних сервітутів і обмежень (обтяжень) прав на земельні ділянки, які включено до переліку;
- е) рішення про продаж земельної ділянки приймає ФДМ України;
- ж) у процесі підготовки до продажу земельної ділянки у складі об'єкта аукціону: визначаються межі земельної ділянки в натурі (на місцевості), проводиться її експертна грошова оцінка, забезпечується виготовлення технічного паспорта такої ділянки за формою згідно з додатком;
- и) оцінка земельної ділянки в складі об'єкта аукціону проводиться оцінювачем з експертної грошової оцінки земельних ділянок на підставі договору, укладеного з ФДМ України, за результатами конкурсного відбору;
- к) стартова ціна земельної ділянки не може бути нижчою від її експертної грошової оцінки, тощо.

Відповідно до п. 67 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі — Інструкція) для посвідчення угоди про передачу права власності на земельну ділянку нотаріусу, крім документів, передбачених п. п. 62, 71 цієї Інструкції, подаються заява власника земельної ділянки та рішення органів місцевого самоврядування або органів виконавчої влади про згоду на одержання права власності на таку земельну ділянку.

Згідно з п. 68 Інструкції при посвідченні договорів купівлі-продажу земельних ділянок державної та комунальної власності органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади до їх розмежування нотаріуси як правовстановлювальні документи приймають:

- у межах населених пунктів — рішення відповідних органів місцевого самоврядування, погоджені з відповідними органами виконавчої влади;
- за межами населених пунктів — розпорядження органів виконавчої влади, прийняті за погодженням із відповідними органами місцевого самоврядування.

У цьому зв'язку до розмежування земель державної та комунальної власності нотаріуси не можуть вимагати від сільських, селищних чи міських голів державні акти на право комунальної власності на землю при посвідченні правочинів із земельними ділянками.

Для посвідчення договору купівлі-продажу земельних ділянок державної чи комунальної власності після визначення їх меж у натурі (на місцевості) нотаріусу, крім державного акта про право власності, подається рішення відповідного органу місцевого самоврядування або органу виконавчої влади. Таке рішення (розпорядження) має відображати протокол про проведений аукціон (конкурс). У разі якщо інформація, що міститься у рішенні (розпорядженні), є недостатньою для посвідчення договору, нотаріусу подається належним чином оформлений протокол про проведений аукціон (конкурс). Вимога щодо обов'язковості продажу земельних ділянок державної та комунальної власності на конкурентних засадах не розповсюджується на право викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що є власністю покупців цих ділянок.

§ 1.5 Нотаріальне посвідчення договорів міни та інших правочинів із земельними ділянками

Згідно зі ст. 131 ЗК України громадяни та юридичні особи України, а також територіальні громади та держава мають право набувати у власність земельні ділянки на підставі міни, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод. Укладення таких угод здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог цього Кодексу.

Дія норм цієї статті поширюється на придбання земельних ділянок у власність на вторинному ринку землі після роздержавлення та приватизації земельного фонду України в порядку, передбаченому земельним законодавством України, а також після здійснення розмежування земель державної та комунальної власності. Чинний ЗК України передбачає, що право власності на земельні ділянки може набуватися відповідними суб'єктами не лише на основі договорів купівлі-продажу, а й інших цивільно-правових правочинів. Серед таких правочинів у цьому Законі названо договори міни, дарування, а також успадкування. При цьому перелік цивільно-правових угод, відповідно до яких може набуватися право власності на землю, не є вичерпним. Укладення таких договорів здійснюється відповідно до ЗК України з урахуванням вимог ЦК України.

Цивільний кодекс України регулює відносини власності на землю як один з об'єктів нерухомого майна, включаючи підстави набуття права власності на землю на основі цивільно-правових угод, перехід прав на земельні ділянки при спадкуванні. У разі укладення договору міни (бартеру) кожна зі сторін зобов'язується передати іншій стороні у власність одну земельну ділянку в обмін на іншу земельну ділянку. При цьому кожен із тих, хто бере участь у міні (бартері), вважається продавцем тієї земельної ділянки, яку він передає в обмін, і покупцем товару, який він одержує.

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про оцінку земель»¹ міна земельних ділянок передбачає обов'язкове проведення їх нормативної грошової оцінки з метою визначення вартості і справляння державного мита за нотаріальне посвідчення цих угод. Порядок проведення такої оцінки регулюється Законом України «Про оцінку земель» та іншими нормативними актами.

За погодженням сторін можлива грошова доплата за земельну ділянку більшої вартості, що обмінюється на земельну ділянку меншої вартості. На відміну від інших об'єктів нерухомості, право власності на обмінювані земельні ділянки виникає після одержання власником документа, що посвідчує право власності на земельну ділянку, та його державної реєстрації. Це означає, що кожна зі сторін договору міни після його укладення має самостійно замовити в установленому порядку виготовлення документа про право власності на землю, одержати його та зареєструвати. Без виконання цих дій право власності сторін договору міни на обмінювані земельні ділянки не виникає.

У разі обміну цілої земельної ділянки на частину іншої земельної ділянки сторони, яка обмінює частину земельної ділянки, слід визначити в установленому ЗК України порядку межі такої ділянки в натурі (на місцевості). Сторона, що придбала частину земельної ділянки на підставі договору міни, зобов'язана за власні кошти замовити проект відведення земельної ділянки й виготовлення документа на право власності на цю частину земельної ділянки та зареєструвати її на своє ім'я як самостійну земельну ділянку.

У разі укладення договору міни земельної ділянки *обов'язково має бути зазначено її цільове призначення, оскільки зміна цільового призначення земельної ділянки відбувається в порядку, передбаченому ст. ст. 18–21 ЗК України. При цьому законодавець не забороняє проводити обмін земельних ділянок з різним цільовим призначенням. Застосування договору міни як підстави набуття права власності на земельні ділянки може стати важливим інструментом для активізації ринкових земельних відносин*

¹ Про оцінку земель: Закон України № 1378-IV від 11.12.2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 15. — Ст. 229.

в Україні. Особливе значення це має для придбання земельних ділянок несільськогосподарського призначення суб'єктами підприємницької діяльності України із земель державної та комунальної власності. Адже в чинному ЦК України зазначено, що договором міни (бартеру) може бути передбачений обмін майна на роботи (послуги). До договору міни (бартеру) застосовуються правила про договори купівлі-продажу або інші договори, елементи яких містяться в договорі міни (бартеру), якщо це не суперечить суті відносин сторін. Договір міни підлягає нотаріальному посвідченню.

Серед підстав набуття права власності на земельні ділянки ЗК України називає також договір дарування, відповідно до якого одна сторона передає або зобов'язується передати в майбутньому іншій стороні безоплатно земельну ділянку у власність. Сторонами в договорі дарування можуть бути громадяни України та юридичні особи України, держава Україна, АР Крим, територіальні громади. Договір дарування земельної ділянки укладається письмово й посвідчується нотаріусом. При цьому в ЗК України закріплені особливості щодо моменту виникнення права власності на земельну ділянку. Якщо за ст. 722 ЦК України право власності обдаровуваного виникає з моменту його прийняття, то за ч. 1 ст. 125 ЗК України право власності обдаровуваного на одержану земельну ділянку згідно з договором дарування виникає не з моменту укладення чи нотаріального посвідчення договору, а з моменту одержання державного акта на право власності на землю та реєстрації права власності в установленому порядку. Обдарований зобов'язаний використовувати одержану земельну ділянку відповідно до її цільового призначення.

Право власності на земельні ділянки виникає також у порядку спадкування. Спадкування визначається в ЦК України як перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Спадкування земельних ділянок здійснюється за заповітом або за законом. Спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на момент відкриття спадщини, а також зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Спадкоємцями за заповітом можуть бути також юридичні особи, держава та інші особи. Цивільний кодекс України закріплює норми щодо спадкування права на земельну ділянку.

Зокрема, передбачається, що право власності на земельну ділянку переходить до його спадкоємців зі збереженням цільового призначення цієї ділянки відповідно до правил, передбачених ЗК України. До спадкоємців житлового будинку, інших будівель і споруд переходить право власності, право користування чи право найму (оренди) земельної ділянки, що є під

зазначеними об'єктами. До спадкоємців житлового будинку, інших будівель і споруд переходить право власності, право користування чи право найму (оренди) земельної ділянки, що призначена для їх обслуговування. ЗК України не містить заборон щодо спадкування земельних ділянок іноземними громадянами, особами без громадянства та іноземними юридичними особами. Однак у цьому Кодексі містяться норми щодо заборони оформлення права власності на успадковані в установленому цивільним законодавством порядку земельні ділянки сільськогосподарського призначення. Відповідно до ст. ст. 81 і 82 ЗК України землі сільськогосподарського призначення, отримані в спадщину іноземними юридичними особами, іноземними громадянами й особами без громадянства, підлягають відчуженню протягом одного року.

Викладені вище особливості переходу права власності на земельні ділянки не можуть не враховуватися при перевірці законності укладених угод та їх нотаріального посвідчення. У цьому зв'язку в Інструкції закріплено вимоги щодо порядку посвідчення таких правочинів із земельними ділянками.

Зокрема, договір про обмін земельними ділянками, які виділено єдиним масивом у натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв) для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, посвідчується нотаріусом за згодою всіх співвласників таких земельних ділянок. Договір посвідчується між власниками, один з яких виявив бажання використовувати належну йому земельну ділянку самостійно. Предметом договору можуть бути земельні ділянки, які відносяться до різних земельних масивів (п. 70 Інструкції).

При посвідченні договору про відчуження земельної ділянки як самостійного об'єкта цивільних правовідносин нотаріус перевіряє відсутність (наявність) обмежень (обтяжень) за даними Державного земельного кадастру. Перехід права власності на земельну ділянку не припиняє встановленого обмеження (обтяження). Про встановлене обмеження (обтяження) та його зміст нотаріус зазначає в тексті договору (п. 71 Інструкції).

При посвідченні правочинів про перехід права власності на житловий будинок, будівлю або споруду нотаріус роз'яснює сторонам зміст ст. 377 ЦК України щодо переходу права власності або права користування на земельну ділянку (її частину), на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення (п. 72 Інструкції). При посвідченні договору про відчуження житлового будинку, споруди, квартири, дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна, належного дітям, а також особам, визнаним недієздатними або обмежено дієздатними, нотаріус має керуватися п. 40 цієї Інструкції (п. 73 Інструкції).

§ 1.6 Нотаріальне посвідчення договорів відчуження земельних ділянок права спільної власності

Правову основу для вчення нотаріальних дій щодо земельних ділянок права спільної власності становлять ЗК України, Закон України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)», ЦК України, Закон України «Про нотаріат», Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України та інші нормативно-правові акти з питань здійснення права власності на землю. Оскільки в ЗК України закріплено положення щодо здійснення права спільної власності на землю, то нотаріальні дії мають вчинюватися, передусім, з огляду на імперативи ЗК України, закону щодо виділення земельних ділянок власникам сертифікатів на право на земельну частку (пай), а також загальних положень ЦК України в частині здійснення права спільної власності на майно.

Нотаріальне посвідчення договорів відчуження земельних ділянок права спільної власності має здійснюватися з урахуванням закріплених у ЗК України загальних засад здійснення права власності на землю.

Водночас, для перевірки законності вчинюваних правочинів із земельними ділянками як об'єктами права спільної власності нотаріус при посвідченні угод зобов'язаний урахувати загальні й особливі ознаки правового режиму земельних ділянок, які можуть набуватися в спільну власність або вже належать відповідним суб'єктам на праві спільної власності.

До загальних ознак правового режиму земельних ділянок як об'єктів права спільної власності можна віднести такі:

- земельна ділянка може знаходитись у спільній власності з визначенням частки кожного з учасників спільної власності (спільна часткова власність) або без визначення часток учасників спільної власності (спільна сумісна власність) (п. 1. ст. 86 ЗК України);
- суб'єктами права спільної власності на землю можуть бути: а) громадяни; б) юридичні особи; в) районні та обласні ради — на земельні ділянки територіальних громад¹ (п. п. 2–3 ст. 86 ЗК України);
- об'єктами права спільної власності на землю є: а) земельні ділянки, межі яких визначені в натурі (на місцевості); б) земельні частки в праві спільної власності на земельну ділянку;
- правочини щодо земельних ділянок права спільної власності укладаються в письмовій формі та підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню;

¹ До розмежування земель державної та комунальної власності ці положення ЗК України щодо права власності на землі територіальних громад не можуть бути застосовані.

- право спільної власності на земельну ділянку посвідчується державним актом на право власності на землю.

На основі аналізу норм ЗК України, ЦК України, законодавства про нотаріат, інших нормативно-правових актів нотаріальні дії у сфері здійснення права спільної власності на землю можна класифікувати на такі види:

- посвідчення правочинів щодо набуття права спільної власності на земельну ділянку;
- нотаріальне посвідчення правочинів щодо володіння та користування земельною ділянкою на праві спільної власності;
- нотаріальне посвідчення правочинів щодо розпорядження земельною ділянкою як об'єктом права спільної власності;
- нотаріальні дії щодо виділення частки в праві спільної часткової власності на земельну ділянку;
- нотаріальні дії щодо виділення частки в праві спільної власності на землю;
- нотаріальні дії щодо виділу частини земельної ділянки в праві спільної часткової власності;
- нотаріальне посвідчення правочинів щодо поділу між співвласниками земельної ділянки, що є у спільній власності.

Залежно від виду права спільної власності на землю в чинному земельному законодавстві України закріплено положення щодо особливостей здійснення права спільної часткової та спільної сумісної власності на землю, що є визначальними чинниками для нотаріусів при посвідченні угод із земельними ділянками.

Особливості посвідчення угод із земельними ділянками права спільної часткової власності полягають у такому:

- об'єктом права спільної часткової власності є визначена на місцевості за розмірами, місцезнаходженням, цільовим призначенням цілісна земельна ділянка з поділом на умовні частки у праві спільної часткової власності без визначення та розмежування цих часток в натурі (на місцевості);
- право спільної часткової власності на земельні ділянки виникає з таких підстав: а) при добровільному об'єднанні власниками належних їм земельних ділянок; б) при придбанні у власність земельної ділянки двома чи більше особами за цивільно-правовими угодами; в) при прийнятті спадщини на земельну ділянку двома або більше особами; г) за рішенням суду (ст. 87 ЗК України);
- право спільної часткової власності на земельну ділянку оформляється одним державним актом на право власності на землю, в якому зазначається частка кожного співвласника;
- володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою, що перебуває в спільній частковій власності, здійснюються за згодою всіх

- співвласників згідно з договором, а в разі недосягнення згоди — у судовому порядку (п. 1. ст. 88 ЗК України);
- договір про спільну часткову власність на земельну ділянку укладається в письмовій формі й посвідчується нотаріально;
 - за змістом договір про спільну часткову власність має включати, крім загальних умов щодо сторін і предмету договору, також і спеціальні для учасників спільної часткової власності права й обов'язки, передбачені ЗК України: а) вимагати виділення належної частки зі складу земельної ділянки як окремо, так і разом з іншими учасниками, які вимагають виділення, а в разі неможливості виділення частки — вимагати відповідної компенсації; б) право на отримання в володіння, користування частини спільної земельної ділянки, що відповідає розміру належної йому частки; в) відповідно до розміру своєї частки має право на доходи від використання спільної земельної ділянки, відповідає перед *третьми* особами за зобов'язаннями, пов'язаними зі спільною земельною ділянкою, і зобов'язання брати участь у сплаті податків, зборів і платежів, а також у витратах по утриманню та зберіганню спільної земельної ділянки; г) при продажу учасником належної йому частки в спільній частковій власності на земельну ділянку інші учасники мають переважне право купівлі частки відповідно до закону;
 - виділення учаснику спільної часткової власності частки зі складу земельної ділянки як окремо, так і з іншими учасниками, які вимагають виділення, передбачає виконання комплексу землевпорядних дій, пов'язаних із визначенням у натурі (на місцевості) земельної ділянки пропорційно частці учасника в праві спільної часткової власності на земельну ділянку. За таких умов втрачається цілісність земельної ділянки як об'єкта права спільної часткової власності й утворюються дві самостійні земельні ділянки як об'єкти права приватної власності;
 - отримання в володіння та користування частини земельної ділянки, що відповідає розміру належної учаснику частки, потребує виконання землевпорядних дій щодо складання схеми частини земельної ділянки та визначення її меж без зміни правового режиму земельної ділянки як єдиного й цілісного об'єкта права спільної часткової власності та оформлення нових державних актів на право власності на земельні ділянки;
 - учасники спільної часткової власності на земельну ділянку можуть реалізувати своє переважне право купівлі частки в порядку, передбаченому ст. 362 ЦК України, оскільки в ЗК України механізм реалізації переважного права в праві спільної часткової власності на земельну ділянку не врегульовано.

При нотаріальному посвідченні угод із земельними ділянками права спільної сумісної власності нотаріусом мають бути враховані особливості

правового режиму земельних ділянок та здійснення права спільної власності на такі ділянки. Зокрема:

- за ЗК України (ст. 89), земельна ділянка може належати на праві спільної сумісної власності лише громадянам;
- у спільній сумісній власності перебувають земельні ділянки: а) подружжя; б) членів фермерського господарства, якщо інше не передбачено угодою між ними; в) співвласників житлового будинку;
- володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою спільної сумісної власності здійснюються за договором або законом;
- співвласники земельної ділянки, що перебуває в спільній сумісній власності, мають право на її поділ або на виділення з неї окремої частки;
- поділ земельної ділянки, яка є в спільній сумісній власності, з виділенням частки співвласника, може бути здійснено за умови попереднього визначення розміру земельних часток, які є рівними, якщо інше не передбачено законом або не встановлено судом.

Здійснення учасниками спільної сумісної власності на земельну ділянку права на її поділ потребує виконання комплексу землевпорядних дій щодо визначення на місцевості меж земельних ділянок відповідно до рівної частки кожного учасника в праві спільної сумісної власності. У разі поділу єдиної земельної ділянки як об'єкта права спільної сумісної власності на землю утворюються дві чи більше земельних ділянок як самостійних об'єктів права приватної власності, що зумовлює необхідність виготовлення та видачі нових державних актів на земельні ділянки і присвоєння таким ділянкам нових кадастрових номерів.

У разі виділення рівної частки в праві спільної власності на земельну ділянку одному чи кільком учасникам між ними укладається договір щодо володіння, користування та розпорядження такими частками, а в додатку до державного акта на право власності на земельну ділянку зазначаються всі співвласники та їхні частки в праві спільної власності на землю.

ГЛАВА II. ОСОБЛИВОСТІ ПОСВІДЧЕННЯ ДОГОВОРІВ ВІДЧУЖЕННЯ

§ 2.1 Посвідчення нотаріусом договору відчуження корпоративних прав

1. Становлення уявлення про заміну учасника господарського товариства.

На практиці тривалий час виникають непорозуміння з питанням про те, які юридичні дії слід здійснювати при заміні одного учасника господарського товариства на іншого, що заступає його місце.

У 90-х роках цими питаннями практично не переймалися, оформляючи весь цей процес протоколом загальних зборів учасників та заявами учасника про *відступлення ним прав* іншій особі та, відповідно, цієї особи про її вступ до товариства. Після чого вносилися зміни до статуту й установчого договору і відбувалася їх державна реєстрація.

Утім, уже на початку 90-х років прийшло розуміння того, що таке оформлення відносин має істотні вади, оскільки безперечно, що учасник господарського товариства й особа, яка бажає стати учасником, *між собою домовляються*, а це значить, що вони *укладають договір*. Це основне, що відбувається при заміні одного учасника господарського товариства іншим. Це не виключає й необхідність додержуватися відповідних вимог закону про переважні права інших учасників, повідомлення учасника про його намір припинити свої відносини з товариством тощо.

2. Предмет договору при заміні учасника господарського товариства.

Отже, якщо при заміні учасника укладається договір, то слід насамперед визначитися з тим, що це за договір та що є його предметом. Для відповіді на це питання насамперед укажемо на те, що учасник товариства (учасник 1) має певні права, яких він позбавляється і які, відповідно, виникають в іншій особі, з якою він домовляється (учасник 2). Тому визначальними для характеристики договору між учасником 1 та учасником 2 є ті права, які має учасник 1.

Ці права визначені в законодавстві неоднозначно, що і викликає проблеми з визначенням належного предмета договору про відчуження цих прав. Неоднозначність породжена наявністю в Україні двох кодексів (ЦК України та ГК України) і Закону України «Про господарські товариства»¹, які між собою не узгоджуються в цих питаннях.

¹ Про господарські товариства: Закон України № 1576-ХІІ від 19.09.1991 // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.

I. Визначення предмета відчуження за ЦК України та Законом України «Про господарські товариства».

ЦК України і Закон України «Про господарські товариства» розмежовують поняття «*частка в статутному (складеному) капіталі*» та «*права учасників господарського товариства*».

«*Частка в статутному (складеному) капіталі*» є різновидом майнових прав, з якими можна укласти правочини, тобто є об'єктом. «*Права учасників господарського товариства*» не відносяться до категорії об'єктів цивільних прав, з якими укладаються правочини. Більше того, у ст. 100 ЦК України встановлюється, що право на участь є особистим немайновим правом, яке не підлягає окремому відчуженню. Тобто, за ЦК України «*права учасників господарського товариства*» є суб'єктивними цивільними правами, що надаються учасникам господарського товариства, тими можливостями, яких вони набувають шляхом участі в товаристві (ст. 116 ЦК України).

За таким підходом, який закладено в ЦК України, виходить, що відчуженню підлягає частка в статутному (складеному) капіталі, а з її відчуженням до набувача переходять права учасника, позначені в ст. 116 ЦК України та ст. 10 Закону України «Про господарські товариства». У пункті 4 ч. 1 ст. 116 ЦК України прямо позначається, що учасники господарських товариств можуть здійснювати *відчуження часток* у статутному (складеному) капіталі або *цінних паперів*, що засвідчують участь у товаристві (тобто, акцій). Про таке ж ідеться в статтях 127, 137, 147 ЦК України, зокрема, що учасник ТОВ має право продати чи іншим чином відступити *свою частку* іншим учасниками або третім особам.

II. Визначення предмета відчуження за ГК України.

На відміну від ЦК України та Закону України «Про господарські товариства», ГК України поєднує право на частку в статутному капіталі та права учасників в єдине ціле — корпоративні права. Згідно зі ст. 167 ГК України *корпоративні права* — це права особи, частка якої визначається в статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та установчими документами.

За таким підходом поняттям корпоративних прав охоплюються як майнові, так і немайнові права учасників, але всі вони в сукупності становлять нову правову категорію, що йменується корпоративними правами. Відтак, постає питання про те, чи можна вважати корпоративні права окремим об'єктом, з яким укладаються договори (вчинюються правочини).

За наявності дискусії з цього приводу науковців та фахівців, котра й далі триває, відповіді на це питання однозначно надати не можна. Навіть

у ГК України, який містить визначення корпоративних прав, не йдеться про них як про об'єкти. У нормах ГК України ми не відшукаємо регулювання відчуження корпоративних прав.

Тим більше, це розуміння корпоративних прав відсутнє в ЦК України, який узагалі не оперує їх поняттям, тож і, звичайно, вони відсутні серед об'єктів (ст. 177 ЦК України). Враховуючи те, що перелік об'єктів, позначених у ЦК України, не виключний, можна припустити, що корпоративні права є тими «іншими матеріальними та нематеріальними благами», про які йдеться в ст. 177 ЦК України. Водночас в такому разі навряд чи можна пояснити, чим викликатиметься заміна чітко вказаних у ст. ст. 116 та 147 ЦК України об'єктів (прав на частку) на корпоративні права.

Враховуючи наведені міркування, слід дійти висновку, що під час існування в Україні суперечливого законодавства нотаріусам слід виходити з безпроблемного визначення предмета договору. Ним має бути частка в статутному (складеному) капіталі. Оскільки за ЦК України в повних та командитних товариствах існує складений капітал, а в ТОВ і ТДВ — статутний, то відповідну назву матимуть і частки (у складеному або статутному капіталі).

За статтею 167 ГК України корпоративні права можуть утілюватися в цінний папір — акцію. Майже так само розуміється акція п. 1 ч. 1 ст. 195 ЦК України — як пайовий цінний папір, який засвідчує участь у статутному капіталі та надає відповідні права його власникові. Разом із тим за ст. 177 акція є окремим об'єктом цивільних прав, а значить, з її приводу можна укладати відповідні правочини та не перейматися щодо того, як вона співвідноситься з поняттям корпоративних прав у цьому аспекті. Відомо, що існують так звані «права з акції» та «права на акцію». Перші і являють собою корпоративні права, а права на акцію розуміються як на звичайні об'єкти, на кшталт з речей, які можна продавати (купувати), дарувати, успадковувати тощо.

3. Визначення виду договору, який укладається учасником господарського товариства.

При оплатному відчуженні частки в статутному капіталі укладається договір купівлі-продажу, а при безоплатному — договір дарування. Не виключено й укладення договору довічного утримання (догляду), предметом якого може бути частка в статутному капіталі.

4. Сторони договору про відчуження частки статутного (складеного) капіталу.

Право на частку мають учасники будь-якого господарського товариства (повного, командитного, з обмеженою та додатковою відповідальністю). Акціонери ж мають право на акцію. Відповідно, стороною договору (відчужувачем — продавцем, дарувальником) може бути учасник відповідного господарського товариства.

За ГК України виходить, що корпоративні права мають учасники будь-якої господарської організації з корпоративним устроєм, тобто корпоративного підприємства (ч. 5 ст. 63 ГК України), а не тільки господарських товариств.

5. *Документальні засвідчення прав на частку, необхідні для укладення договорів про їх відчуження.*

На підтвердження права на частку в статутному капіталі господарського товариства та її розміру має бути наданий документ, яким є:

- акції (якщо йдеться про відчуження акцій), які засвідчують участь в АТ;
- свідоцтва, які видають товариства з обмеженою відповідальністю учасникам, що повністю внесли свої вклади (ст. 52 Закону України «Про господарські товариства»). Такі свідоцтва не є цінними паперами, і вони не завжди видаються учасникам.

У повних і командитних товариствах такі свідоцтва навіть не передбачені.

Про права учасників усіх господарських товариств зазвичай можна дізнатися з їх установчих документів.

Для *повного товариства* — це засновницький договір, в якому визначається склад складеного капіталу й розмір часток учасників (ст. 120 ЦК України). Для *командитного товариства* ситуація складніша, адже якщо в ньому беруть участь два і більше учасників із повною відповідальністю, то вони укладають засновницький договір, в якому також міститься розподіл складеного капіталу на частки (ч. 2 ст. 134 ЦК України). Якщо в ньому бере участь один повний учасник, його права й розмір вкладу містяться в меморандумі (ч. 3 ст. 134 ЦК України). А якщо частку відчужуватимуть вкладники, то в засновницькому договорі містяться лише відомості про сукупний розмір їхніх вкладів і не визначаються ані їх персональний склад, ані розмір їхніх часток. Очевидно, так само це відбувається, якщо в командитному товаристві бере участь один вкладник. Тому мають укладатися договори між кожним із вкладників та повними учасниками, і в цих договорах зазначатимуться частки вкладників.

Для *товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю* установчим документом є статут, в якому мають бути зазначені розміри часток кожного учасника (ст. 143, 151 ЦК України).

6. *Особливості механізму відчуження частки в статутному (складеному) капіталі.*

При відчуженні учасником своєї частки та відповідному набутті її іншою особою, важливим є **момент**, з якого особа набуває прав за договором (а отже, і прав на частку, і прав учасника, тобто корпоративних прав).

Судова практика виходить із того, що цей момент має визначитися в договорі, який укладається з приводу відчуження частки. Ним може бути день

укладення договору або день проведення розрахунків, тобто виконання договору. У будь-якому разі це не залежить від рішення загальних зборів ТОВ/ТДВ або інших учасників повного й командитного товариства про прийняття особи, яка придбала частку, до складу учасників. Не пов'язується набуття прав учасника цією особою і з державною реєстрацією змін до статуту.

Утім, слід ураховувати те, що, *по-перше*, зміни до установчих документів юридичних осіб підлягають обов'язковій державній реєстрації згідно з ч. 3 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців»¹. *По-друге*, згідно з ч. 2 ст. 12 зазначеного Закону в Єдиному державному реєстрі містяться такі відомості щодо юридичної особи: перелік засновників (учасників) юридичної особи, дані про розмір статутного фонду (статутного або складеного капіталу), у тому числі частки кожного із засновників (учасників). *По-третє*, згідно з ч. 1 зазначеного Закону, якщо відомості, які підлягають внесенню до Єдиного державного реєстру, були внесені до нього, то такі відомості вважаються достовірними.

Крім того, слід ураховувати те, що учасник ТОВ має відчужувати належну йому частку в статутному капіталі з додержанням вимог ч. 1 та 2 ст. 147 ЦК України про переважне право інших учасників на придбання цієї частки і на відсутність заборон продавати частку третім особам. Тобто учасник, який прийняв рішення продати свою частку, має повідомити всіх інших учасників ТОВ про це, щоб вони мали можливість її купити. В ЦК України встановлюється місячний строк для прийняття іншими учасниками рішення про придбання відчужуваної частки, якщо інший строк не встановлено статутом ТОВ або домовленістю між учасниками. Якщо учасник, який має намір відчуження своєї частки, додержався такого порядку і продав її третій особі, бо решта учасників не виразили наміру її придбати, то покупець стає учасником ТОВ. Між тим слід унести відповідні зміни до статуту, що здійснюється загальними зборами (ч. 4 ст. 145 ЦК України) з їх подальшою реєстрацією.

Подібне право мають і акціонери закритого акціонерного товариства (ч. 3 ст. 81 ГК України), хоча порядок його реалізації в ГК України не зазначений.

Отже, під час, коли частку продано, але не внесено зміни до статуту та/або до Єдиного державного реєстру, новий учасник ТОВ перебуває в такому становищі: він набув усіх прав учасника; він має правовстановлювальний документ на підтвердження набуття ним прав; оформлення його прав на вимогу закону не завершено з причин, які від нього не залежать. У цьо-

¹ Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців: Закон України № 755-IV від 15.05.2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31. — Ст. 263.

му разі, звичайно, що сама ця особа має бути зацікавленою, щоб довести процедуру оформлення своїх прав до кінця, звернувшись, якщо це потрібно, до суду. І якщо вона намагатиметься продати частку, яку набула і відомості про що ще не були внесені до статуту та до Єдиного державного реєстру, то хоча заборони щодо цього закон не містить, але їй це буде зробити неможливо внаслідок того, що вона не зможе надати нотаріусу відповідних документів.

Підтвердженням цього є ч. 3 ст. 18 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців», згідно з якою якщо відомості, котрі підлягають внесенню до Єдиного державного реєстру, не були до нього внесені, вони не можуть бути використані в спорі з третьою особою.

7. Форма договору про відчуження права на частку.

Стаття 147 ЦК України не встановлює вимоги про нотаріальне посвідчення договору про відчуження частки учасника ТОВ, але згідно з ч. 3 ст. 29 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» державному реєстратору подається нотаріально посвідчений документ про передання права засновника (учасника) іншій особі або нотаріально посвідчена копія документа про перехід частки учасника в статутному капіталі товариства. З цього приводу слід зазначити (а) що цим документом має бути договір (купівлі-продажу, дарування, міни); (б) його дійсність не залежить від нотаріального посвідчення; (в) утім, оскільки в будь-якому разі є потреба у зверненні до державного реєстратора, то він підлягає нотаріальному посвідченню.

Ще один момент, який потребує врахування, — це оплата частки учасником. Якщо учасник не повністю її сплатив, то він може її відчужувати лише в тій частині, у якій вже її сплачено (ч. 3 ст. 147 ЦК України).

8. Відчуження подружжям права на частку.

І наостанок — це право іншого з подружжя на право на частку. Звичайно, що корпоративні права як права учасника господарського товариства належать одному з подружжя — тому, хто позначений в якості такого в установчих документах. Щодо загального ж розуміння права на частку в статутному капіталі товариства, то воно є майном, а значить — належить на праві спільної власності подружжю. Отже, у випадку розпорядження тим із подружжя, хто є учасником товариства, своєю часткою, необхідна згода другого з подружжя (ст. 65 СК України).

Таким чином, можна підсумувати, що нотаріус при посвідченні договорів про відчуження часток у статутному капіталі ТОВ має вимагати:

- 1) статут ТОВ;
- 2) виписку з Єдиного державного реєстру стосовно державної реєстрації ТОВ, його статутного капіталу з поділом на частки і складом учасників;

- 3) свідоцтво про сплату частки;
- 4) договір на придбання частки;
- 5) повідомлення учасника, який відчужує свою частку, інших учасників про умови продажу ним своєї частки;
- 6) домовленість (якщо вона є) між учасниками про строк, протягом якого здійснюється переважне право на придбання частки;
- 7) згода другого з подружжя на відчуження частки, яка посвідчується нотаріально.

§ 2.2 Відчуження підприємства як єдиного майнового комплексу

1. Поняття підприємства.

У новому ЦК України з'явилося нове поняття підприємства, яке стало розумітися як майно, а точніше — як єдиний майновий комплекс. Тобто, на відміну від ЦК УРСР 1963 р., за яким підприємство було суб'єктом права, за новим ЦК України 2003 р. підприємство стало об'єктом права¹. Останнє означає, що, як і будь-який інший об'єкт права, воно є оборотоздатним, тобто може вільно відчужуватися, оскільки заборон щодо цього законом не встановлено. Тим не менше відчуження підприємств зазнає настільки вагомих складнощів, які навіть унеможливають його. Це пов'язано насамперед із тим, що підприємство являє собою складний об'єкт.

2. Склад підприємства.

До складу підприємства відповідно до ст. 191 ЦК України входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будинки, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також права на позначення, що індивідуалізують підприємство, його продукцію, роботи й послуги (фірмові найменування, знаки для товарів і послуг) та інші права, якщо інше не передбачено законом або договором.

Згідно з ч. 3 ст. 191 ЦК України підприємство є нерухомістю.

На практиці постають питання: (а) як визначати предмет договорів відчуження підприємств (єдиних майнових комплексів); (б) чи є специфіка в регулюванні їх відчуження в порівнянні з іншими нерухомими речами?

3. Предмет договорів відчуження підприємств.

Вимогою щодо предмету договорів відчуження підприємств ЦК України не містить, як не містить він і окремого регулювання договору купівлі-

¹ Слід уточнити, що в ГК України збереглося регулювання підприємств як суб'єкта права, унаслідок чого регулювання як суб'єктів, так і об'єктів набуло підвищеного ступеня спірності.

продажу підприємств. У ЦК України відсутні конкретні норми про перелік документів на підтвердження складу підприємства. Відтак, теоретично можна припустити, що в якості предмета договору на відчуження підприємств слід указувати:

- а) або підприємство (єдиний майновий комплекс) само по собі як самостійний об'єкт;
- б) або підприємство як сукупність речей, які підлягають конкретизації в складі цього підприємства.

З точки зору практики слід визнати прийнятним другий варіант з наступних причин:

- такі складові підприємства, як будинки, будівлі, споруди, земельні ділянки, будучи нерухомістю, потребують окремого позначення внаслідок спеціальних приписів законодавства щодо їх відчуження. При цьому не має значення те, чи входять вони до складу підприємства як іншого об'єкта, чи відчужуються самостійно;
- якщо таке правило встановлено для нерухомих речей, тобто якщо в будь-якому разі нерухомі речі в складі підприємства позначаються окремо, то решта складових підприємства не можуть бути вказаними вкупі. Вони також мають бути поійменовані.

Конкретизація предмета договору відчуження підприємств відіграє значну роль і в тому розумінні, що предмет являє собою істотну умову будь-якого договору (ст. 638 ЦК України). У відсутність порозуміння щодо предмету договору, тобто досягнення домовленості з цього приводу, він вважається неукладеним. Звичайно, що таке може статися саме тоді, коли сторони не визначилися зі складом підприємства. Отже, у відсутність законодавчих приписів стосовно деталізації складу підприємства при його відчуженні це має бути зроблено сторонами, які зацікавлені в чіткому визначенні предмета договору й мають ужити заходів з однозначного вирішення цього питання.

4. Документи, що вимагаються при відчуженні підприємства.

На практиці відчужувач (продавець) надає такі документи на підтвердження складу підприємства:

- акт інвентаризації, проведеної відповідно до встановлених правил до продажу підприємства;
- бухгалтерський баланс;
- висновок незалежного аудитора про склад і вартість підприємства;
- перелік усіх боргів (зобов'язань), що включаються до складу підприємства, з указівкою кредиторів, характеру, розміру і строків їхніх вимог.

Крім цього, готуються всі документи, що вимагаються при продажу всіх нерухомих об'єктів, які входять до його складу — правовстановлювальні

та виписки з державного реєстру. Останні стосуються кожного окремо об'єкта нерухомості. Інакше здійснити відчуження нерухомості в складі підприємства буде неможливо.

І навпаки — підприємство, хоч і позначено як нерухомість, але державну реєстрацію права власності на нього згідно з Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» не врегульовано. У статті 2 зазначеного Закону йдеться лише про те, що дія цього Закону не поширюється на державну реєстрацію прав на об'єкти цивільних прав, на які поширено правовий режим нерухомої речі (повітряні та морські судна тощо), а також на державну реєстрацію **підприємств як суб'єктів господарювання**.

Як уже вказувалося, **підприємство як суб'єкт господарювання** за ГК України слід відрізнити від **підприємства як об'єкта цивільних прав** за ЦК України. І якщо перше виходить за межі регулювання Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», адже воно витупає в якості суб'єкта, то державна реєстрація підприємства як юридичної особи провадиться згідно з Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців». Щодо підприємства як об'єкта, то питання державної реєстрації прав на нього мало б включатися до сфери регулювання цього Закону, оскільки підприємство є нерухомістю, і певний суб'єкт (наприклад, господарське товариство) має право власності на нього. Натомість у зазначеному Законі цього не зроблено.

Отже, за ЦК та за Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» державна реєстрація підприємств має бути, але дотепер її не провадять. Провадиться лише державна реєстрація тих об'єктів нерухомості, які входять до його складу — землі, споруд, будинків тощо.

Не існує і єдиного правовстановлювального документа на підприємство. В якості такого, звичайно, не можна вважати ані його установчі документи (бо вони підтверджують правовий статус юридичної особи), ані бухгалтерські документи, які не встановлюють право. Для підприємств не можуть використовуватися в якості правовстановлювальних документів жодні з тих, які передбачені в переліку, наданому в якості додатку до Тимчасового положення про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно, затверджено наказом Міністерства юстиції № 36/5 в редакції від 17.05.2004.

5. Пропонований порядок продажу підприємств.

Наведене вище свідчить, що оборотоздатність підприємств як окремих видів майна на сьогодні неможлива, оскільки законодавець не забезпечив процес їх відчуження правовими механізмами. Внаслідок цього стає не тіль-

ки складним, а й неможливим укладення договору купівлі-продажу підприємства, яке позначатиметься окремим об'єктом в якості предмета договору із доданням усіх необхідних документів про право на конкретні об'єкти нерухомості, які входять до складу підприємства.

Єдине, що можливо при вирішенні на практиці цієї колізії, це позначати в договорах продажу нерухомості, що вона продається у складі підприємств. І тоді для досягнення результату продажу всього підприємства в цілому слід укладати низку договорів, предметами яких будуть певні речі (нерухомі — кожна окремо, а рухомі — усі разом), які входять до складу підприємства з позначенням цього в договорах. Такі договори становитимуть пакет, який у сукупності забезпечить перехід прав на всі складові підприємства, а значить — на підприємство в цілому до набувача.

Те саме стосується і продажу частини підприємства. Однак, якщо мова йде про такий предмет продажу частини підприємства, як нерухомість, при цьому варто керуватися загальними вимогами про відчуження об'єктів нерухомості.

§ 2.3 Особливості посвідчення договорів відчуження та іпотеки об'єктів нерухомого майна, не закінчених будівництвом

1. Договори, які можуть укладатися з об'єктами незавершеного будівництва — це, як правило, договори про їх відчуження та договір іпотеки. Серед договорів про відчуження насамперед слід вести мову про купівлю-продаж. Разом із тим ці ж правила мають застосовуватися й при спадкуванні об'єктів незавершеного будівництва.

Слід застережити, що в Законі України «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва» міститься заборона відчужувати об'єкти незавершеного будівництва, що придбані в результаті приватизації. Стаття 331 ЦК України такої заборони не містить, але сумніви з приводу можливості вільного відчуження вказаних об'єктів породжені тим, що ЦК України не регулює приватизацію державного майна. І це не дозволяє однозначно стверджувати, що новий закон відмінняє попередній у частці, в якій він йому суперечить. Тим не менше, при вирішенні цього питання слід керуватися загальним правилом про рівність усіх власників і про відміну новим ЦК України тієї норми Закону України «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва», що містить обмеження цивільного обороту об'єктів незавершеного будівництва. Це впливає з того, що набувши такий об'єкт, особа стала звичайним власником, на яких поширюється цивільне законодавство.

2. *Проблемність визначення предмету договорів купівлі-продажу та іпотеки об'єктів нерухомого майна, не закінченого будівництвом.*

Однією з істотних умов договорів є їх **предмет**. Він має бути чітко визначений, від чого взагалі залежить факт укладення договору. У випадку коли відчужуються або заставляються об'єкти незавершеного будівництва, визначення предмету договору є неоднозначним унаслідок непослідовності законодавця в цьому питанні.

Згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 331 ЦК України *предметом договору* (тобто, будь-якого договору) може бути об'єкт незавершеного будівництва.

Дещо інакше визначає предмет договору законодавство про іпотеку. Причому в різних законах, в яких тим чи іншим чином регулюються іпотечні відносини, предмет договору іпотеки визначається по-різному. Згідно зі ст. ст. 5, 16 Закону України «Про іпотеку», ст. 4 Закону України «Про заставу», ст. 5 «Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» *предметом іпотеки* можуть бути:

- земельна ділянка;
- земельна ділянка та незавершене будівництво;
- нерухоме майно, право власності на яке виникне в майбутньому;
- майнові права на нерухомість, будівництво якої не завершено;
- завершене будівництво, яке таким стало під час дії договору іпотеки, без змін у цьому договорі.

Отже, очевидним є різний підхід законодавця стосовно визначення предмета будь-якого договору, що укладається з об'єктом незавершеного будівництва, і надаються різні варіанти предмета договору іпотеки з цим об'єктом.

Крім того, слід ураховувати, що до завершення будівництва може йтися про існування таких об'єктів, як: (а) будівельні матеріали, (б) об'єкт незавершеного будівництва, (в) будівельні матеріали разом з об'єктом незавершеного будівництва (як головна річ та її приналежність, оскільки вони необхідні для будівництва).

Стан використання матеріалів і, відповідно, стан тієї речі, що виникає внаслідок цього, можуть бути різними. В залежності від ступеня завершеності будівництва ці матеріали можна поділити на дві групи: ті, що становлять *значну частку* незавершених згідно з проектом робіт; і ті, які становлять *незначну частку* незавершених згідно з проектом робіт. *Утім, для права це не має значення.*

ЦК України не враховує ці особливості при визначенні предмета договорів відчуження або іпотеки незавершеного будівництва, а законодавство про приватизацію такі вимоги містить. Згідно з п. 6.4 Положення про порядок приватизації об'єктів незавершеного будівництва, склад об'єкта

незавершеного будівництва вказується в додатку до акта його прийому-передачі разом із:

- актом прийому-передачі проектно-кошторисної та виконавчої документації на об'єкт незавершеного будівництва;
- актом прийому-передачі технічної документації устаткування, що приватизується разом з об'єктом незавершеного будівництва;
- інвентаризаційними описами придбаних для об'єкта незавершеного будівництва матеріалів, виробів, конструкцій, завезених на будівельний майданчик і не використаних для будівництва;
- інвентаризаційними описами придбаних для об'єкта незавершеного будівництва, не переданого до монтажу або такого, котре не вимагає монтажу.

3. *Варіанти визначення різних предметів договорів*, що укладаються з об'єктами незавершеного будівництва.

Законами встановлюється альтернатива: предметом іпотеки може визначатися **як об'єкт незавершеного будівництва**, так і **будинок або квартира, що стануть власністю іпотекодавця після закінчення будівництва**, тобто прийняття будинку в експлуатацію і, відповідно, виникнення таких юридичних об'єктів, як будинок і квартира.

В останньому випадку невизначеним залишається питання про земельну ділянку, на якій розташоване (розпочате) незавершене будівництво. У статтях 5 і 6 Закону України «Про іпотеку» зазначається, що нерухоме майно передається в іпотеку *разом* з усіма його приналежностями, якщо інше не встановлено іпотечним договором. Тобто, якщо під цим нерухомим майном розуміти земельну ділянку, то іпотека також *поширюється* на розташовані на цій ділянці будівлі (споруди) та об'єкти незавершеного будівництва, що належать іпотекодавцеві на праві власності.

Для певних об'єктів незавершеного будівництва проблематика земельної ділянки не має значення. Прикладом є майбутні квартири. У разі виникнення потреби в іпотеці або продажу ще не існуючих квартир у недобудованому житловому будинку може йтися про такий предмет договору, як майнові права на ці квартири.

Таким чином, є очевидні переваги в визначенні в якості предмету договору іпотеки незавершеного будівництва не самого незавершеного будівництва, а **майнових прав** на нього. Якщо саме майнові права на незавершене будівництво визначати предметом договору іпотеки, то це надає такі переваги:

по-перше, це позбавить необхідності оформлення всіх необхідних документів на земельну ділянку, що є одним із найгостріших проблемних питань сучасності;

по-друге, позбавить невизначеності в питаннях предмета договору як це матиме місце в разі позначення в якості предмета нерухомого майна, право власності на яке виникне в майбутньому;

по-третє, не торкнеться зміни предмета договору, адже якщо позначати в якості предмета договору незавершене будівництво, то згодом після завершення будівництва і виникнення нових об'єктів — житлових будинків та квартир, уже не існуватиме того предмета, який було позначено в договорі іпотеки;

по-четверте, поняття майнових прав є універсальним. Ним охоплюються як права вимоги за договорами підряду чи договорами на управління майном, які укладаються на стадії будівництва, так і право власності на квартири й житлові будинки по завершенні будівництва. Безпосередній же зв'язок останніх із таким об'єктом, як земельна ділянка, дозволить вирішити й це непросте питання.

4. Вимоги до оформлення об'єкта незавершеного будівництва для його участі в цивільному обороті.

Створення майна безпосередньо пов'язано з вимогами щодо поєднання фізичного та юридичного існування об'єкта, що включає:

- а) завершення технічної процедури;
- б) додержання юридичної процедури:
 - акт прийомки-передачі;
 - реєстрація в БТІ.

Отже, до закінчення будівництва та прийняття його в експлуатацію ми маємо, за загальним правилом, такий об'єкт, як будівельні матеріали, а по завершенні будівництва та прийнятті його в експлуатацію — будинок (будівлю, споруду). Об'єкт незавершеного будівництва виникає як окремий об'єкт, стосовно якого можуть укладатися правочини, лише як виключення.

Об'єкт незавершеного будівництва слід відносити до нерухомого майна внаслідок наявності в нього зв'язку з землею, що визначено ст. 181 ЦК України як критерій віднесення речей до нерухомих. Тому право на нього має бути зареєстровано в органі, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно. Вона відбувається на підставі Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

Згідно з п.8 Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 671 від 26 травня 2004 р., «запис у Реєстрі має містити такі відомості: ... 3) опис нерухомого майна, щодо якого вчиняється правочин, достатній для його ідентифікації, та/або його реєстраційні дані».

Згідно зі ст. 55 Закону України «Про нотаріат» правочини про відчуження та заставу майна, що підлягає державній реєстрації, посвідчуються за умо-

ви подання документів, які підтверджують *право власності на майно*, що відчужується або заставляється. У разі застави *майбутнього майна* або створення забезпечувального обтяження в майбутньому майні нотаріусові надаються документи, що підтверджують наявність прав на набуття такого майна у власність у майбутньому.

Після закінчення будівництва *зведена нерухомість продовжує бути* предметом іпотеки відповідно до умов іпотечного договору. У цьому разі іпотекодержатель на підставі документа про право власності реєструє у встановленому законом порядку обтяження прав власника на збудовану нерухомість. Якщо іпотечним договором передбачено, нотаріус накладає заборону на відчуження нерухомості, що є предметом іпотеки, за повідомленням іпотекодержателя. У разі зміни характеристик нерухомості, яка є предметом іпотеки (зміна площі нерухомості, зміни в плануванні приміщень тощо), нотаріус на підставі документа, який підтверджує право власності на нерухомість, зобов'язаний зробити відмітку на примірнику іпотечного договору, що належить іпотекодержателю. При цьому нотаріус не має права вимагати додаткових документів та згоди іпотекодавця (ч. 9 ст. 55 Закону України «Про нотаріат»).

§ 2.4 Особливості відчуження частки в праві спільної часткової власності у випадку смерті одного зі співвласників

Співвласник має право розпорядитися своєю часткою у праві спільної часткової власності на власний розсуд, однак у разі продажу частки в праві спільної часткової власності інші співвласники мають переважне право перед іншими особами на її купівлю за ціною, оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах, крім випадку продажу з публічних торгів (ст. 362 ЦК України). Призначення переважного права полягає в забезпеченні пріоритетних інтересів співвласників із тим, щоб не допустити розширення суб'єктного складу відносин спільної власності.

У разі якщо один з учасників спільної часткової власності продає належну йому частку сторонній особі, нотаріус повинен упевнитись у тому, що продавець у письмовій формі повідомив решту учасників спільної часткової власності про намір продати свою частку сторонній особі із зазначенням ціни та інших умов, на яких продається ця частка. При відчуженні за договором купівлі-продажу частки в праві спільної власності одним співвласником іншому учасникові спільної часткової власності письмове повідомлення про намір продати частку не є обов'язковим, оскільки співвласники мають переважне право купівлі тільки перед сто-

ронніми особами, а не перед іншими співвласниками. У випадку якщо бажання придбати частку в праві спільної часткової власності виявили кілька співвласників, продавець має право вибору покупця (ч. 3 ст. 362 ЦК України).

Відповідно до п. 54 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України доказом повідомлення учасників спільної часткової власності про подальший продаж частки в спільному майні може бути свідоцтво, видане нотаріусом, про передачу їм заяви продавця згідно зі ст. 84 Закону України «Про нотаріат» або заява учасників спільної часткової власності про відмову від здійснення права переважної купівлі частки майна, що продається (із зазначенням ціни та інших умов, на яких продається ця частка). Цей перелік не є вичерпним, дотримання приписів ст. 362 ЦК України може бути підтверджене і в інший спосіб.

Викликає складність вирішення питання про дотримання правил переважної купівлі частки в спільній частковій власності в випадку смерті одного зі співвласників. Цивільне законодавство України передбачає повідомлення саме співвласника, а не інших осіб, про намір продати частку в праві спільної часткової власності. У разі смерті особи — учасника спільної власності на нерухоме майно — у його спадкоємців право власності на частку щодо нерухомого майна виникне лише з моменту державної реєстрації, що імперативно визначено цивільним законодавством (ч. 2 ст. 1299 ЦК України). Відповідно, з цього моменту виникає і переважне право купівлі частки в праві спільної часткової власності, яке не може виникнути раніше моменту виникнення права власності.

Тому з моменту смерті співвласника й до моменту державної реєстрації його спадкоємцями успадкованого нерухомого майна за собою, у розумінні ст. 362 ЦК України відсутня особа, яку необхідно повідомляти про намір продати частку в праві спільної часткової власності на нерухоме майно. З огляду на викладене, при відчуженні частки в праві спільної часткової власності на нерухоме майно в період із моменту смерті співвласника і до часу державної реєстрації майна за спадкоємцями, нотаріусом не вимагається подання доказів повідомлення співвласника про намір продати частку в праві спільної часткової власності. У такому разі нотаріусові подається копія свідоцтва про смерть співвласника або інший відповідний документ.

По-іншому виглядає ситуація в випадку відчуження за договором купівлі-продажу частки в праві спільної часткової власності щодо рухомого майна. Нотаріусу слід мати на увазі, що в цих випадках строк здійснення співвласником переважного права становить десять днів від дня отриман-

ня ним повідомлення про намір здійснити купівлю-продаж. У тому разі коли на момент відчуження частки в праві спільної часткової власності на рухоме майно нотаріусу стане відомо, що співвласника немає в живих, він за відповідним реєстром перевіряє наявність спадкової справи щодо цього співвласника, з'ясовує наявність спадкоємців, які прийняли спадщину. Оскільки відповідно до ч. 5 ст. 1268 ЦК України незалежно від терміну прийняття спадщини, вона належить спадкоємцеві з часу її відкриття, а також урахувуючи ту обставину, що відсутність свідоцтва про право на спадщину не позбавляє спадкоємця прав на неї, про намір відчуження частки в праві спільної часткової власності необхідно поінформувати спадкоємців, які прийняли спадщину. Незалежно від того, чи отримали вони свідоцтво про право на спадщину щодо рухомого майна, вона вважається такою, що належить їм з моменту відкриття спадщини, тому з цього часу в них виникає і переважне право купівлі частки в праві спільної часткової власності на рухоме майно.

§ 2.5 Розпорядження часткою в майні, що є об'єктом права спільної власності подружжя

Майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині й чоловікові на праві спільної сумісної власності (ч. 1 ст. 60 СК України, ч. 3 ст. 368 ЦК України). Це означає, що частки кожного зі співвласників у праві на спільне майно не визначені і кожен із них вважається власником усього майна. Дії співвласників мають бути скоординованими, а розпорядження майном має здійснюватися за їх взаємною згодою. Проте, у житті нерідко трапляються ситуації, коли розпорядитися своїм майном хоче лише один із подружжя.

У Сімейному кодексі України встановлюються два окремих правила. Вони визначають порядок відчуження майна одним із подружжя:

- а) на користь другого з подружжя (ст. 64 СК України);
- б) на користь іншої особи (ст. 67 СК України).

Розглянемо їх детальніше.

У частині 2 ст. 64 СК України вперше введено правило, згідно з яким договір про відчуження одним із подружжя на користь другого з подружжя своєї частки в праві спільної сумісної власності подружжя може бути укладений **без виділу цієї частки**. Ідея цієї норми є цілком зрозумілою — спрощення порядку передання майна одного з подружжя другому з подружжя. Проте ця норма закону не узгоджена з іншими нормативними приписами. Це зводить нанівець намагання внести зміни до порядку передання подружнього майна й створює різнобій у нотаріальній практиці.

Насамперед треба визначити один принциповий момент. У частині 2 ст. 64 СК України йдеться про передачу частки одного з подружжя другому з подружжя без виділу цієї частки. На підставі аналізу норм чинного законодавства доводиться дійти висновку, що в цьому випадку йдеться про передачу майна **без виділу частки в натурі**, а не без визначення частки кожного з подружжя **в праві власності на майно**. Хоча в законі про це прямо не сказано, однак такий висновок впливає із загального розуміння ч. 2 ст. 64 СК України. У такому сенсі тлумачить цю норму й Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі — Інструкція) (п. 174).

Згідно з ч. 1 ст. 368 ЦК України спільною сумісною власністю є спільна власність двох або більше осіб без визначення часток кожного з них у праві власності. Для того щоб один з учасників спільної сумісної власності (у цьому випадку — один із подружжя) мав змогу розпорядитися належним йому майном, необхідно перш за все визначити, що саме йому належить, тобто визначити його частку в праві на майно. Без цього майно належить подружжю спільно і право кожного з них розповсюджується на майно в цілому. За таких обставин неможливо визначити, що саме буде відчужуватися одним із подружжя на користь іншого. Крім того, визначення часток свідчить про згоду другого з подружжя на визнання конкретного розміру частки кожного з них. Таким чином, реалізація правила, що закріплено в ч. 2 ст. 64 СК України, можлива за два етапи. По-перше, дружина й чоловік визначають свої частки в праві власності на майно (перетворюють спільну сумісну власність на спільну часткову власність); по-друге, вони визначають спосіб відчуження частки одного з подружжя на користь іншого з подружжя (дарування, продаж тощо).

Головна проблема виникає після того, як подружжя визначають частки кожного з них у праві на майно. З. В. Ромовська вказує, що сторони «мають право добровільно визначити частки кожного з них і тут же укласти договір щодо розпорядження цими частками»¹. На жаль, з урахуванням норм цивільного законодавства «тут же укласти договір» буде вкрай проблематично. Згідно з ч. 1 ст. 182 ЦК України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. До укладення договору про встановлення часток кожному з подружжя майно належало на праві спільної сумісної власності, а після визначення часток — на праві спільної часткової. Визначення часток здійснюється шляхом укладення відповід-

¹ Ромовська З. В. *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар*. — К., 2003. — С. 142.

ного договору (про визначення часток у праві спільної власності подружжя, тобто про заміну права спільної сумісної на право спільної часткової власності).

Після цього в кожного з подружжя виникає вже інше право — на певну частку в праві спільної часткової власності. Таке право підлягає державній реєстрації. Право власності на відповідну частку в праві спільної часткової власності має бути зареєстровано в відповідному органі. Проте тут теж існують проблеми. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»¹ до переліку документів для державної реєстрації прав на нерухоме майно не відносить договір про визначення часток у праві спільної власності. У статті 19 цього Закону йдеться про договори поділу, перерозподілу та об'єднання нерухомого майна. Проте така реєстрація є необхідною, зокрема, тому, що сам Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» (ч. 4 ст. 18) вимагає подання документів, які свідчать про встановлення, зміну або припинення речового права. Аналогічний підхід міститься в Переліку правовстановлювальних документів, на підставі яких проводиться реєстрація прав власності на об'єкти нерухомого майна, затвердженому наказом Міністерства юстиції України від 7 лютого 2002 року².

Лише після цього подружжя може укласти інший договір — про передавання частки в праві на майно, що належить одному з подружжя, другому з подружжя (договір дарування, купівлі-продажу тощо). Цей договір, так само як і право власності на майно, що виникло в одного з подружжя, також підлягає державній реєстрації. На сьогодні нотаріальна практика реалізації ч. 2 ст. 64 СК України не відзначається єдністю та має суттєві особливості в різних регіонах. Правило, закріплене в ч. 2 ст. 64 СК України, не співпадає з базовими нормами цивільного законодавства, що передбачають державну реєстрацію правочинів і речових прав на нерухоме майно, а також з нормами спеціального законодавства. Для його реалізації потрібна системна зміна законодавства. У будь-якому разі норми сімейного закону не можуть установлювати окремі правила для порядку реєстрації правочинів за участі подружжя, якщо аналогічні правила не будуть закріплені в спеціальному законодавстві. Підбиваючи підсумки, можна

¹ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень: Закон України № 1952-IV від 01.07.2004 // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51. — Ст. 553.

² Про затвердження Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно: наказ Міністерства юстиції України № 7/5 від 07.02.2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 8. — С. 471, ст. 383, код акту 21583/2002.

сказати, що на сьогодні процедура визначення та передання частки в спільному майні від одного з подружжя до іншого має розглядатися як складна й багатоетапна.

Треба також зазначити, що в ч. 2 ст. 64 СК України сказано саме про **договір** про відчуження одним із подружжя на користь іншого з подружжя своєї частки в праві спільної сумісної власності подружжя. Проте цей вислів має умовний характер, оскільки насправді має місце укладення подружжям двох окремих договорів: а) договір про визначення часток у праві спільної власності подружжя; б) договір про відчуження (продаж, дарування тощо) частки одного з подружжя на користь іншого з подружжя. Таким чином, у ст. 64 СК України закріплюється не окремий різновид подружніх договорів, а певний механізм здійснення правочинів із майном дружини й чоловіка.

Порядок відчуження майна сторонній особі (не другому з подружжя) визначено в ст. 67 СК України. У ній, зокрема, указано, що подружжя може розпорядитися своєю часткою в праві власності лише після її **виділу в натурі або визначення порядку користування майном**. Доречність такого правила викликає сумніви. Крім того, воно суперечить цивільному законодавству. Згідно зі ст. 361 ЦК України співвласник має право самостійно розпорядитися своєю часткою в праві спільної часткової власності. Таким чином реального виділу частки цього співвласника закон не вимагає. Співвласник розпоряджається не майном у натурі (наприклад, першим або другим поверхом будинку), а $\frac{1}{2}$ (або іншою за розміром) часткою в праві власності. Співвласник може розпорядитися своєю часткою навіть тоді, коли її реальний виділ неможливий. Примушувати ж сторони укласти договір про визначення порядку користування майном не можна, якщо на це немає їхньої згоди. Таким чином прив'язка сімейного закону розпорядження часткою в праві на майно з її виділом у натурі порушує права співвласників.

Це дає підстави для таких висновків. Для того щоб розпорядитися своїм майном подружжя перш за все визначають частку кожного з них у праві власності на майно (не в натурі). Таким чином, подружжя здійснює трансформацію спільної сумісної власності в спільну часткову власність. Це можливо шляхом укладення відповідного **договору про визначення часток подружжя в праві власності на майно**. Такий договір має відповідати всім вимогам, що висуваються цивільним законом до форми правочину (ст. ст. 205–210 ЦК України).

Момент виникнення права власності кожного з подружжя на частку в праві на майно визначається відповідно до ст. 334 ЦК України. При цьому треба враховувати, що згідно з ч. 1 ст. 182 ЦК України право власності

на нерухомі речі та їх виникнення підлягають державній реєстрації. Після укладення договору й виконання вимог закону щодо реєстрації права власності кожен із подружжя стає власником $\frac{1}{2}$ частки в праві на майно, якщо інший розмір часток не визначено за згодою сторін. У подальшому відносини подружжя регулюються нормами не сімейного, а цивільного законодавства (ст. ст. 356–367 ЦК України).

Кожен із подружжя, як учасник спільної часткової власності, може визначити долю належної йому частки в спільному майні. Він має право укласти з іншою особою договір купівлі-продажу, міни, дарування, довічного утримання (догляду) тощо. Відносини подружжя в цьому разі підпорядковуються загальним вимогам цивільного законодавства щодо здійснення права спільної часткової власності. Зокрема, тут діє правило про **переважне право купівлі частки в праві спільної часткової власності**. Згідно з ч. 1 ст. 362 ЦК України в разі продажу частки в праві спільної часткової власності співвласник має переважне право перед іншими особами на її купівлю за ціною, оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах, крім випадку продажу з публічних торгів. Таким чином, у разі продажу належної одному з подружжя частки в праві на майно, другий із подружжя має переважне право її купівлі. Продавець частки в праві спільної часткової власності зобов'язаний письмово повідомити інших співвласників про намір продати свою частку, указавши ціну та інші умови, на яких він її продає. Якщо інші співвласники відмовилися від здійснення переважного права купівлі чи не здійснять цього права щодо нерухомого майна протягом одного місяця, а щодо рухомого майна — протягом десяти днів від дня отримання ними повідомлення, продавець має право продати свою частку іншій особі (ч. 2 ст. 362 ЦК України). Це правило діє і відносно подружжя.

Очевидно, усі ці складні й суперечливі моменти треба враховувати при посвідченні договорів щодо розпорядження часткою в майні, що є об'єктом права спільної власності подружжя.

ГЛАВА III. ЩОДО ВЧИНЕННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ

§ 3.1 Порядок посвідчення договорів поділу й виділу майна, що є об'єктом спільної власності. Порядок виділу майна в натурі

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

У цивільному праві поняття «виділ» та «поділ» майна не є тотожними, хоча як у першому, так і в другому випадку йдеться про відносини спільної власності. Спільна власність означає право двох або більше осіб (співвласників) стосовно одного об'єкта (спільного майна) (ч. 1 ст. 355 ЦК України). У свою чергу *поділ майна* означає припинення права спільної власності й виникнення на його основі права власності кожного з колишніх співвласників на окреме майно. Наприклад, подружжя вирішило у зв'язку з припиненням шлюбу поділити все спільне майно, розподіливши між собою окремі речі. Після такого поділу кожна зі сторін стає одноособовим власником певного майна, а відносини права спільної власності припиняються.

Виділ майна означає виокремлення певної частки майна із загальної маси спільного майна співвласників та збереження в частці, що залишилася, права спільної власності двох або більше осіб. Наприклад, подружжя може домовитися, що дачний будинок, який було набуто за час шлюбу, буде виділено зі спільного майна подружжя і передано у власність дружини. За таких обставин режим спільності щодо всього майна подружжя зберігається, окрім окремої речі, яка виділяється.

Поділ та виділ майна можуть здійснюватися в добровільному порядку. У цивільному законодавстві встановлено загальні правила:

- а) майно, що є в спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками за домовленістю між ними (ч. 1 ст. 372 ЦК України);
- б) співвласники мають право на виділ у натурі частки з майна, що є в спільній сумісній власності (ч. 1 ст. 370 ЦК України). У разі поділу майна або виділу частки з майна, що є в спільній сумісній власності, вважається, що частки кожного зі співвласників у праві спільної сумісної власності

є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду (ч. 2 ст. 370, ч. 2 ст. 372 ЦК України).

Новий СК України вперше чітко визначає два види договорів подружжя:

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

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

Не викликає сумнівів, що поділ майна подружжя або виділ із нього частки мають здійснюватися лише шляхом укладення дружиною та чоловіком відповідного **договору**. Проте в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України вказано, що нотаріус на підставі *письмової заяви подружжя* видає одному або кожному з них свідоцтво про право власності на частку в спільному майні, набутому ними за час шлюбу (п. 239). Аналогічне положення містилося в попередній редакції Інструкції (п. 126). Це положення Інструкції суперечить чинному законодавству й не може застосовуватися. Кожна дія, яка спричиняє виникнення певних правових наслідків, має відповідну юридичну кваліфікацію. Як поділ, так і виділ майна подружжя не можуть бути кваліфіковані інакше, ніж двосторонній правочин (договір), тобто погоджена дія двох сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків (ч. 1 ст. 202, ч. 1 ст. 626 ЦК України). Письмова заява подружжя про видачу свідоцтва про право власності на частку в спільному майні — це певною мірою завуальований договір про поділ майна. Протягом багатьох років саме таким чином (а не шляхом укладення договору) оформлювалися дії подружжя. Це пояснюється загальним ставленням до договорів у сімейному праві, яке панувало за радянських часів. Про договори подружжя було

прийнято згадувати лише в окремих випадках, коли цього не можна було уникнути.

Подання заяви про видачу свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя не вписується в загальну систему юридичних фактів, до яких належить будь-яка дія цивільно-правової природи. До неї входять правочини як правомірні дії, спрямовані на виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків сторін. Окрім правочинів (зокрема, договорів) не існує правомірних дій, які б визначалися іншою назвою. Немає в такій системі місця і заявам подружжя про видачу свідоцтва на право власності. Коли подружжя звертається до нотаріуса, то сторони висловлюють свою узгоджену волю на настання відповідних правових наслідків, до яких вони прагнуть: припинення спільної сумісної власності й набуття права власності кожным із них на певне майно. Така правомірна дія може мати лише одну назву — двосторонній правочин (договір). Якщо, наприклад, нотаріально посвідчується договір купівлі-продажу будинку, сторони не звертаються до нотаріуса із заявою про видачу покупцю свідоцтва про право власності на будинок, а підписують відповідний договір. Така ж сама ситуація виникає в разі поділу майна подружжя або виділу з нього частки.

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

Не може порушити цей висновок і та обставина, що в ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» серед підстав для державної реєстрації прав, що посвідчують виникнення, перехід, припинення речових прав на нерухоме майно названо свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя. Узагалі ст. 19 зазначеного Закону не відзначається досконалістю. З одного боку, вона містить застарілі положення (зокрема, щодо реєстрації договорів на біржах або видачі свідоцтв про право на частку в майні подружжя), а з іншого — не включає різні види нових договорів, які пов'язані з відчуженням нерухомого майна (наприклад, договір ренти, спадковий договір, договір про поділ майна подружжя тощо). Це свідчить про необ-

хідність зміни ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та врахування в ній положень нового законодавства. Зокрема, у цій статті Закону замість указівки на свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя треба вказати, що підставою для реєстрації речових прав на нерухоме майно є договір подружжя про поділ майна, котре належить дружині й чоловікові на праві спільної сумісної власності, або договір про виділ частки зі складу майна подружжя.

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

Договір подружжя про поділ належного їм майна можна розглядати як сімейно-правовий договір, який є двостороннім і консенсуальним. Аналогічною є правова природа договору про виділ одному з подружжя частки в спільному майні. Умови поділу майна подружжя або виділу з нього частки можуть бути передбачені в спеціальному **договорі про поділ майна** або визначатися у **шлюбному договорі** подружжя. Різниця між цими договорами полягає в тому, що предметом договору про поділ є майно, яке вже належить подружжю на праві спільної власності, тоді як умови шлюбного договору можуть стосуватися майна, яке подружжя придбає в майбутньому і яке є відсутнім на момент укладення договору. У зв'язку з цим умови шлюбного договору можуть мати менш визначений характер і моделюватися за принципом умовних правочинів («... якщо за час шлюбу сторони одержать за договором купівлі-продажу автомобіль, то в разі його поділу частка дружини у праві на це майно становитиме $\frac{2}{3}$, а чоловіка — $\frac{1}{3}$ »). Якщо в майбутньому виникне необхідність поділу майна подружжя, то сторони мають керуватися шлюбним договором за виключенням випадків, які передбачені законом, зокрема (ст. ст. 102, 103 СК України).

У договорі про поділ майна подружжя сторони можуть дійти згоди щодо розміру часток кожного з них у праві на майно та про спосіб його поділу. В цілому, способи поділу майна, що встановлюються в договорі, схожі з тими, що застосовуються судами при виникненні майнового спору між под-

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

§ 3.2 Посвідчення правочинів про відступлення прав за іпотечним договором

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

1. Сторони правовідносин при відступленні прав.

Оскільки право вимоги належить *іпотекодержателеві*, то саме він й може їх відступити. Внаслідок вторинності іпотечних правовідносин, у випадку заміни сторони первинного зобов'язання, яке було забезпечено іпотекою, одночасно мають відступатися й права іпотекодержателя (кредитора за основним зобов'язанням).

Права кредитора можуть переходити також при виконанні зобов'язання боржника його *поручителем*. Згідно зі ст. 42 Закону України «Про іпотеку» за боржника може виконати основне зобов'язання *майновий поручитель* чи наступний іпотекодержатель, який вважається особою, на користь якої здійснене відступлення прав попереднього іпотекодержателя за іпотечним договором.

Права заставодержателя щодо зобов'язання можуть перейти до іншої особи й при *реорганізації* юридичної особи (кредитної організації, що вида-

ла іпотечний кредит) у формі злиття, приєднання, перетворення або поділу, а також при виділі з однієї юридичної особи іншої, яка набуде відповідних прав як правонаступник (ст. 109 ЦК України). Утім, при цьому договорі про відступлення не укладається, а перехід прав відбувається з інших підстав.

Складнощі, які виникають при визначенні сторін цесії, викликані специфікою предмета іпотеки при зведенні будинку. Згідно зі ст. 5 Закону України «Про іпотечне кредитування» іпотекодавцем за таким іпотечним договором може бути **забудовник** або **особа**, власністю якої стане ця нерухомість після завершення будівництва. Їх правове становище в сукупності правовідносин різниться внаслідок різних об'єктів, які їм належать. За статтею 10 цього ж Закону забудовник має *майнові права на нерухомість*, що є об'єктом будівництва. Відповідно, він у визначених випадках має відступити управителю саме ці права. Майнові ж права особи, яка взяла кредит у банку і вступила до відносин із ФФБ — це *майнове право вимагати передавання їй квартири* у власність, яке вона може відступити. Отже, і забудовником, і учасником ФФБ можуть укладатися договори відступлення прав, але кожним своїх. Тобто, це будуть різні права, а значить, різні договори.

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

2. Договір про відступлення прав.

Відступлення прав відбувається шляхом укладення договору, предметом якого стануть майнові права або права майнової вимоги.

Згідно зі ст. 10 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» укладається договір відступлення майнових прав на нерухомість, яка є об'єктом будівництва, з відкладальними умовами. Такою відкладальною умовою буде *ризик* невиконання забудовником своїх зобов'язань перед управителем. У випадку якщо управитель убачить такий ризик, забудовник зобов'язаний відступити управителеві майнові права.

Відповідно до частини 2 ст. 21 указанного Закону управитель ФФБ має право надати довірителю послуги щодо відступлення права вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам до запланованої дати введення об'єкта будівництва в експлуатацію.

Втім, *довіритель* ФФБ, який отримав кредит для участі у ФФБ та забезпечив іпотекою виконання своїх зобов'язань за угодою про іпотечний кредит, до моменту повного виконання зобов'язань за вказаною угодою не може поступитися правом вимоги за договором про участь у ФФБ третім особам (ст. 50 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»). А заміна *управителя* ФФБ ст. 23 вказаного Закону допускається без обмежень і без зазначення причин для такої заміни.

3. Форма договору про відступлення прав.

За статтею 513 ЦК України правочин щодо заміни кредитора в зобов'язанні вчиняється в такій самій формі, що й правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, право вимоги за яким передається новому кредиторі. Правочин щодо заміни кредитора в зобов'язанні, яке виникло на підставі правочину, що підлягає державній реєстрації, має бути зареєстрований у порядку, визначеному для реєстрації цього правочину, якщо інше не встановлено законом.

Правочин про відступлення прав за іпотечним договором так само підлягає нотаріальному посвідченню, згідно з ч. 3 ст. 24 Закону України «Про іпотеку». Відомості про таке відступлення підлягають державній реєстрації у встановленому законом порядку. За статтями 19 та 23 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» в якості документу, що вимагається для державної реєстрації прав на нерухоме майно, названо договір про іпотеку.

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

4. Зміст договору про відступлення прав.

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

5. *Випадки обов'язкового укладення договору про цесію заставодавцем і заставодержателем:*

- згідно зі ст. 23 Закону України «Про заставу» — при реалізації заставних прав, тобто вже *після прострочення боржника*;
- уступка можлива і *протягом строку дії* договору застави, тому що згідно зі ст. 27 Закону України «Застава зберігає силу і у випадках, коли у встановленому законом порядку відбувається *уступка заставодержателем забезпеченої заставою вимоги іншій особі*». Також про уступку прав заставоутримувача мова йде в ст. 24 Закону України «Про іпотеку». Тобто, йдеться про можливість відступлення прав *заставодержателя* (іпотекодержателя) під час існування договору, забезпеченого заставою (іпотекою) у його непорушеному стані;
- нарешті, цей договір згідно з ч. 3 ст. 10 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» укладається *одночасно* з договором між управителем і забудовником, а тому — одночасно і з договором іпотеки. Втім, оскільки цей договір є умовним правочином, то права та обов'язки (тобто, виконання договору) розпочинаються за наявності вказаної в ньому умови — ризику невиконання обов'язків забудовником.

Отже, на відміну від звичайних договорів про відступлення прав, які мають самостійний характер та існують незалежно від інших договорів, відступлення при іпотеці (зокрема, коли має місце фінансування під отримання у власність квартири) має забезпечувальний характер і безпосередньо пов'язано навіть не з одним, а з кількома договорами. Так, забудовник одночасно укладає з управителем договір про співробітництво, який є основним договором, договір іпотеки і договір про відступлення прав. Хоча остання домовленість може міститися і в угоді між управителем та забудовником (ст. 10 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»).

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

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

§ 3.3 Встановлення опіки над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, та особи, місце перебування якої невідоме

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

- 1) особа оголошена безвісно відсутньою за рішенням суду (ч. 1 ст. 44 ЦК України);
- 2) місце перебування особи невідоме, до ухвалення рішення про визнання її безвісно відсутньою (ч. 2 ст. 44 ЦК України).

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

1 Після набуття рішенням суду законної сили, нотаріус за останнім місцем проживання безвісно відсутньої особи, за заявою заінтересованої особи описує належне майно та встановлює над ним опіку. Особа, яка звертається до нотаріуса з проханням установити опіку над майном, подає йому відповідну заяву, копію рішення суду, документи, які підтверджують право власності безвісно відсутньої особи на майно, у разі необхідності — документи, які підтверджують родинні зв'язки заявника та безвісно відсутньої особи, інші документи. Нотаріус, перевіряючи подані документи, вивчає питання, чи немає перешкод у встановленні опіки над майном. Зокрема, чи відповідає особа вимогам, що висуваються до опікунів ЦК України та Правилами опіки й піклування, затвердженими наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26 травня 1999 року¹, іншими актами законодавства України.

Після вчинення вказаних дій, перевірки дієздатності майбутнього опікуна, наявності його письмової згоди нотаріусом видається Свідоцтво опікуна над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, за формою № 17, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 10 січня 2005 року². Свідоцтво дає право опікуну над майном безвісно

¹ Про затвердження Правил опіки та піклування: наказ Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України № 34/166/131/88 від 26.05.1999 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 26. — С. 115, код акту 8397/1999.

² Про затвердження форм реєстрів для реєстрації нотаріальних дій, нотаріальних свідоцтв, освідчувальних написів на правочинах і засвідчуваних документах (Форми): наказ Міністерства юстиції України № 1/5 від 10.01.2005 // Офіційний вісник України. — 2005. — № 2. — С. 364, ст. 109, код акту 31327/2005.

відсутньої особи приймати виконання цивільних обов'язків на її користь, отримувати належні їй платежі, погашати за рахунок її майна борги, управляти цим майном в її інтересах.

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

При вирішенні питання про встановлення опіки над майном нотаріус проводить огляд майна, складає його опис та передає опікуну на зберігання. Складання опису майна, над яким устанавлюється опіка, здійснюється за правилами, устанавленими для вжиття заходів з охорони спадкового майна (розд. 20 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). Опис проводиться нотаріусом, який видав Свідоцтво опікуна над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або за його дорученням іншим нотаріусом. Після складання акта опису майна нотаріус призначає охоронця цього майна та передає йому майно на зберігання. Охоронцем може бути призначено опікуна над майном особи, яка визнана безвісно відсутньою, однак не виключається і призначення охоронцем іншої особи. По закінченні складання акта опису один його примірник видається нотаріусом охоронцеві.

Якщо згодом певне майно виключається з акта опису, на останньому робиться напис, у якому за підписом нотаріуса, інших осіб, що підписали акт опису, указується перелік вилучених речей. Цей напис скріплюється печаткою нотаріуса.

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

2 Устанавлення опіки над майном можливе й до ухвалення судом відповідного рішення в випадку, коли місце перебування особи невідоме. Нотаріусу повинні бути подані докази на підтвердження цього факту (довідки з останнього місця проживання такої особи тощо).

Цивільне законодавство не пов'язує можливість устанавлення опіки над майном із тим, чи подана заява про визнання особи безвісно відсутньою до суду, чи прийнята вона судом до розгляду, тому нотаріус може встановити опіку над майном і до подачі заяви до суду. Ініціювати перед нотаріусом устанавлення опіки над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, можуть зацікавлені особи або орган опіки й піклування.

Відповідно до ст. 248 ЦПК України при підготовці до розгляду справи про визнання фізичної особи безвісно відсутньою судом через органи опіки й піклування вживає заходів щодо встановлення опіки над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, якщо опіку над майном іще не встановлено. Отже, суд має право при підготовці цивільної справи до розгляду звернутися до органу опіки й піклування з пропозицією ініціювати питання про встановлення опіки над майном у нотаріальному порядку. Якщо опіку над майном уже встановлено, нотаріус або орган опіки й піклування інформують про цю обставину суд для врахування при розгляді справи.

Можливість установити опіку над майном особи, місце перебування якої невідоме, може бути використано зацікавленими особами для захисту її охоронюваних законом майнових інтересів у ситуації, коли не спливає установлений цивільним законодавством строк, який дає право визнати фізичну особу безвісно відсутньою в судовому порядку. Відповідно до ч. 1 ст. 43 ЦК України фізична особа може бути визнана судом безвісно відсутньою, якщо протягом *одного року* в місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування. До спливу цього строку унеможлиблюється визнання фізичної особи безвісно відсутньою судом, саме тому виникає потреба у встановленні нотаріусом опіки над майном особи.

При встановленні опіки над майном особи, місце перебування якої невідоме, нотаріус призначає опікуна, видає йому Свідоцтво опікуна над майном, проводить опис майна та складає акт опису в такому самому порядку, що й при призначенні опіки над майном особи, визнаної безвісно відсутньою в судовому порядку. Нормативно-правові акти Міністерства юстиції України окремо не встановлюють форму Свідоцтва опікуна над майном фізичної особи, місце перебування якої невідоме, тому для цього може бути використане, з відповідним корегуванням, Свідоцтво опікуна над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою (форма № 17, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 10 січня 2005 року).

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

§ 3.4 Особливості посвідчення та скасування довіреностей

1. Поняття та види представництва.

За ЦК України існують три види представництва: договірне, законне та з акта органу юридичної особи (ч. 1 ст. 237). Представництво, яке ґрунту-

ється на договорі, може здійснюватися за довіреністю (ч. 2 ст. 244 ЦК України), а представництво за довіреністю може ґрунтуватися на акті органу юридичної особи (ч. 2 ст. 244 ЦК України).

З наведених норм випливає наявність певного співвідношення понять «представництво» та «довіреність», а також спостерігається деякий зв'язок між видами представництва й довіреністю. Це впливає на те, **які документи надаються нотаріусу для посвідчення довіреностей.**

По-перше, представництво — це правовідношення (ч. 1 ст. 237 ЦК України), а довіреність — документ (ч. 3 ст. 244 ЦК України).

По-друге, договірне представництво виникає на підставі договору. Цим договором є договір доручення (гл. 68 ЦК України) або транспортного експедирування (ст. ст. 929, 930 ЦК України). Видача довіреності довірителем є обов'язковою (ч. 1 ст. 1007 ЦК України). Договір управління майном не є підставою для видачі довіреності, адже управитель діє у відносинах з третіми особами від власного імені (ч. 1 ст. 1029, ч. 4 ст. 1033 ЦК України). Не можна посвідчувати довіреність для здійснення підприємницької діяльності (у тому числі припинення підприємницької діяльності), оскільки підприємницька діяльність здійснюється лише діями самого підприємця (ст. 42 ГК України).

По-третє, довіреність видається однією особою (довірителем) іншій особі (повіреному), тому видача довіреності є одностороннім правочином, вона підписується тільки довірителем, а договір доручення — довірителем та повіреним.

По-четверте, зміст довіреності має відповідати змісту договору доручення. Довіреність *адресується третім особам*, і в разі розбіжностей між повноваженнями представника, викладеними в довіреності, від повноважень повіреного, викладених у договорі, при виникненні спору береться до уваги текст довіреності.

По-п'яте, надання договору доручення при зверненні до нотаріуса за посвідченням довіреності не є обов'язковим, оскільки (а) наявність письмової форми договору доручення залежить від суб'єктного складу й суми договору (ст. 208 ЦК України); (б) гл. 68 ЦК України не містить спеціальних вимог до форми договору доручення; (в) сторони правочину можуть обирати форму правочину за відсутності імперативних приписів закону з цього приводу (ст. 205 ЦК України); (г) недодержання сторонами письмової форми правочину, установленої законом, не має за наслідок його недійсність, крім випадків, установлених законом (ч. 1 ст. 218 ЦК України).

По-шосте, підґрунтям для видачі довіреності може бути не лише договір, а й акт органу управління юридичної особи. Наприклад: (а) рішення загальних зборів ТОВ або АТ про створення філії або представництва і призна-

чення керівників цих структурних підрозділів, яким видається довіреність; (б) рішення правління про вповноваження члена правління виступити від імені юридичної особи, який зовні діятиме на підставі довіреності; (в) видача довіреностей керівником юридичної особи працівникові на здійснення тих чи інших дій від імені юридичної особи.

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

Окремо слід указати на те, що в випадку видачі особою безвідкличної довіреності мають бути з'ясовані підстави для цього, адже в ч. 4 ст. 249 ЦК України можливість видачі такої довіреності пов'язується зі встановленням цього в законі.

2. Вимоги до осіб, які видають довіреності.

Ці вимоги випливають із загального правового регулювання дієздатності осіб (ст. ст. 30, 32, 34, 35 ЦК України) та множинності осіб у зобов'язаннях. Якщо йдеться про довіреність, засновану на договірному представництві (а, як відомо, сторонами договору є кредитор і боржник), то довіреність видає кредитор — довіритель у договорі доручення та клієнт у договорі експедирування.

Зазвичай довіреність може видавати повнолітня фізична особа або особа, яка набула повного обсягу дієздатності з підстав, викладених у ст. 35 ЦК України. В останньому разі нотаріусові слід затребувати документи, що підтверджують набуття такою особою дієздатності в повному обсязі. Ними можуть бути свідоцтво про державну реєстрацію в якості підприємця, свідоцтво про реєстрацію шлюбу, рішення органу опіки й піклування або рішення суду про надання повної цивільної дієздатності особам, які записані матір'ю або батьком дитини або які працюють за трудовим договором.

У договірних правовідносинах може існувати множинність осіб (ч. 2 ст. 510 ЦК України), як представників, так і тих, хто їх уповноважує. Тобто, договір доручення може укладатися між довіртелем і декількома повіреними або декількома довірителями з одним повіреним, бо заборони на це ЦК України не містить. Інакше це суперечило б можливості виникнення договірних відносин, в яких має місце декілька довіртелів, котрі зобов'язані видати довіреність згідно зі ст. 1007 ЦК України.

Разом із тим на практиці постає питання про те, як це співвідноситься з ч. 3 ст. 244 ЦК України, в якій зазначається, що довіреність видається *однією* особою іншій *особі*. Особливо це актуально в разі представництва

кількох позивачів чи відповідачів у суді одним представником. І хоча останнє є інститутом не цивільного права, а цивільного процесу, все одно нотаріуси часто відмовляють у посвідченні довіреностей від імені кількох осіб.

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

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

За статтею 58 Закону України «Про нотаріат» довіреності можуть складатися від імені однієї або кількох осіб, на ім'я однієї або декількох осіб.

Тому й довіреності можуть видаватися: (а) кількома особами; (б) на кількох осіб; (в) декільком різним особам за різними довіреностями на здійснення одних і тих самих дій. Це правило беззаперечне, і тому нотаріус не може відмовляти в посвідченні довіреності, виданої кількома особами.

3. *Строкові та безстрокові довіреності.*

За відсутності в ст. 247 ЦК України обмежень щодо строку довіреності особа, яка видає довіреність, на власний розсуд вирішує питання стосовно її строку або взагалі може такий строк не позначати (іноді таку довіреність називають безстроковою). Нотаріуси не мають права примушувати особу вказувати строк дії довіреності. Проте якщо довіреність є безвідкличною, то в ній має бути зазначений строк на виконання вимог ч. 4 ст. 249 ЦК України.

Довіреності, строк яких не встановлено, мають зберігатися нотаріусом до їх скасування та необхідний строк після цього, скільки б часу не сплинуло з моменту видачі довіреності.

Разом із тим важливим є початок перебігу строку дії довіреності (навіть, якщо він не визначений). У ч. 3 ст. 247 ЦК України міститься чітка вимога щодо обов'язковості позначення дати складання цього документа.

Строк довіреності, виданої в порядку передоручення, не може перевищувати строку основної довіреності, на підставі якої вона видана (ч. 2 ст. 247 ЦК України). Якщо ж у довіреності строк не встановлено, то й передоручення за нею можливе на невизначений строк, тобто в довіреності, що видається в порядку передоручення, строк її дії не обов'язково повинен зазначатися.

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

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

4. Припинення представництва — скасування довіреності.

Довіреність, яка видається на підставі договору доручення і безпосередньо пов'язана з ним, не може існувати після припинення дії цього договору. Тобто: **не існує договору — не існує і довіреності.**

Підставами припинення дії довіреності є:

- зазначені в ст. ст. 1008, 609 і 248 ЦК України;
- припинення зобов'язань виконанням (ст. 599 ЦК України), коли після виконання договору доручення повірений уже не повинен мати повноважень, бо вони ним здійснені, а відтак, довіреність також повинна втрачати юридичну силу. Проте як поводитися з довіреністю в такому випадку ЦК України не визначає. Оскільки довіреність і договір, що слугував підставою її видачі, є різними правовими конструкціями, хоча й тісно пов'язаними між собою, вони не взаємодіють автоматично. Тому аби запобігти негативним наслідкам, довіритель має скасувати довіреність, видану на виконання договору доручення, бо його волі, що була зафіксована в довіреності, уже, по суті, не існує, адже її втілено в ті наслідки, яких він бажав досягти, уповноважуючи повіреного (представника).

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

Безвідклична довіреність не може бути скасована (ч. 1 ст. 249 ЦК України).

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

ГЛАВА IV. ОКРЕМІ ПИТАННЯ СПАДКУВАННЯ

§ 4.1 Заповіт подружжя

У цивільному законодавстві вперше з'явилося поняття спільного заповіту, яким вважається заповіт, укладений подружжям (ст. 1243 ЦК України). Законодавча новація представляє особливий інтерес для нотаріусів, оскільки заповіт подружжя, як і будь-який інший заповіт, передусім посвідчується нотаріусами.

Своєрідною є правова природа спільного заповіту. Незважаючи на наявність двох осіб, які його укладають, він не належить до категорії договорів. Спільний заповіт є різновидом одностороннього правочину. Згідно з ч. 3 ст. 202 ЦК України одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. Таким чином подружжя в односторонньому правочині виступають як одна сторона, яка представлена двома особами.

Спільний заповіт породжує в спадкоємця право прийняти спадщину після її відкриття.

Проаналізувавши ст. 1243 ЦК України можна дійти висновку, що для чинності заповіту подружжя необхідна сукупність таких умов:

- 1) належний суб'єктний склад цього правочину;
- 2) належний об'єкт правочину;
- 3) наявність спільної волі подружжя щодо розпорядження майном.

Розглянемо їх детальніше.

1 *Належний суб'єктний склад* має значення основної формальної умови чинності спільного заповіту. Заповіт можуть укладати лише особи, які перебувають у зареєстрованому шлюбі, тобто подружжя. Жінка й чоловік, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, такого права не мають.

Із самої назви спільного заповіту випливає, що він нерозривно пов'язаний з існуванням шлюбу. Тому заповіт подружжя втрачає чинність у разі:

- розірвання шлюбу в судовому або адміністративному (в органах РАЦС) порядку;
- визнання шлюбу недійсним за рішенням суду.

У разі існування однієї з указаних обставин заповіт подружжя втрачає свою силу автоматично, незалежно від волі сторін. Тому будь-якого підтвердження припинення дії спільного заповіту не потрібно. Зокрема, сторони не повинні звертатися до нотаріуса з заявою про припинення дії укладеного правочину.

2 Заповіт подружжя має силу лише в тому разі, коли його була складено щодо *належного об'єкта*. Згідно з ч. 1 ст. 1243 подружжя може скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому лише *на праві спільної сумісної власності*. Це може бути майно, набуте за час шлюбу, майно, створене спільною працею подружжя або інше майно, яке набуває режим спільної сумісної власності подружжя за договором сторін (майно, набуте подружжям за договором дарування, купівлі-продажу тощо). Не є виключенням майно, що було одержане подружжям за час шлюбу в спільну сумісну власність у процесі приватизації. Якщо за бажанням сторін приватизоване майно набуло статусу спільної сумісної власності подружжя, воно може стати предметом спільного заповіту. Це пояснюється тим, що режим спільної сумісної власності подружжя є єдиним. Він не залежить від джерела виникнення спільної сумісної власності (спільна праця подружжя, договір купівлі-продажу, міни, дарування, приватизація тощо). Якщо певна річ є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, вона може бути об'єктом спільного заповіту подружжя. Будь-яких виключень із цього правила закон не передбачає (ч. 1 ст. 1243 ЦК України).

Відомо, що заповіт може складатися задовго до моменту смерті заповідача, тому майнова маса, яку розподілено в заповіті, може з часом змінитися. Якщо подружжя визначило в заповіті певне майно, яке становило їхню спільну сумісну власність, а згодом було змінено його режим, то таке майно не може бути об'єктом спільного заповіту. Це можливо, якщо, наприклад, подружжя за час шлюбу здійснило поділ свого майна, внаслідок чого кожен із них став власником певної речі (речей). Хоча такі речі можуть існувати на момент смерті одного з подружжя, проте вони не перебуватимуть у режимі спільної сумісної власності подружжя, а належатимуть до роздільного майна кожного з них. Аналогічні наслідки виникатимуть і в тому разі, якщо сторони визначили частки в спільному майні й перетворили його на об'єкт спільної часткової власності. Відсутність об'єкта спільної сумісної власності подружжя блокуватиме реалізацію спільного заповіту.

3 Окрім перших двох умов (належного суб'єктного складу та належного об'єкту) для чинності заповіту подружжя потрібна також *спільна воля дружини й чоловіка* щодо розпорядження майном.

Це певною мірою порушує традиційні уявлення про заповіт як про справу виключно особисту, коли особа на власний розсуд визначає долю належного їй майна. Згідно зі ст. 1233 ЦК України заповітом є саме особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті. Існує ціла низка положень, які спрямовані на усунення можливості впливу на волю

заповідача, особисте вирішення ним усіх питань, що стосуються його майна (ст. ст. 1249, 1254, 1255, ч. 2 ст. 1257 ЦК України). Заповіт подружжя в цьому плані є виключенням, оскільки він передбачає спільну волю двох осіб.

Цей момент є принципово важливим. Згідно з ч. 3 ст. 1243 ЦК України за життя дружини й чоловіка кожен із них має право відмовитися від спільного заповіту. Відмова одного з подружжя спричиняє припинення дії заповіту в цілому, а не в частці. Це пояснюється саме тим, що заповіт подружжя — це не сукупність двох самостійних заповітів, а єдиний правочин, в якому об'єктивується спільна воля дружини й чоловіка. Таким чином «відпадиння» волі одного з подружжя нівелює заповіт у цілому.

Заповіт подружжя, як зазначалося, є новацією цивільного законодавства. Проте, її сприйняття обтяжується тим, що в законі не всі аспекти заповіту подружжя виписано чітко. Постає чимало запитань, відповіді на які можна надати лише з певними припущеннями.

1) У частині 3 ст. 1243 ЦК України сказано, що кожен із подружжя може **відмовитися** від спільного заповіту. При цьому закон не визначає, як співвідносяться між собою такі поняття, як «відмова від заповіту» (ст. 1243 ЦК України) та «скасування заповіту» (ст. 1254 ЦК України). Цікаво зазначити, що в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України вказано, що заповіт подружжя може бути **скасований** кожним із подружжя лише за життя обох із подружжя (п. 179). Можна припустити, що відмова від спільного заповіту й скасування одноособового заповіту за своєю природою є тотожними. Як перше, так і друге є різновидом відмови від правочину, яка передбачена ст. 214 ЦК України.

У частині 3 ст. 1243 ЦК України також указано, що відмова від спільного заповіту підлягає нотаріальному посвідченню. З урахуванням того, що відмова й скасування заповіту мають однакову природу, можна припустити, що відмова від заповіту подружжя має здійснюватися в порядку, встановленому для посвідчення заповіту, оскільки в такому порядку здійснюється скасування заповіту. Це означатиме, що у разі відмови від спільного заповіту мають виконуватися вимоги закону, передбачені ст. ст. 1247, 1248 ЦК України. Знов-таки з певною мірою припущення можна вважати, що відмова від спільного заповіту має здійснюватися шляхом подання одним із подружжя нотаріусу заяви про відмову від заповіту. Подання такої заяви свого часу передбачалося в ч. 3 ст. 544 ЦК України 1963 року.

2) При реалізації положень нового ЦК України постають також питання щодо реєстрації прав на нерухоме майно, що є предметом заповіту подружжя.

Згідно з ч. 2 ст. 1243 ЦК України у разі складення спільного заповіту частка в праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив. Якщо предмет заповіту подружжя становить нерухоме майно, то воно може бути зареєстроване на ім'я:

- а) того з подружжя, який є живим;
- б) того з подружжя, який помер.

Відомо, що реєстрація спільного майна на ім'я лише одного з подружжя не спростовує того факту, що воно є спільним майном подружжя, тобто факт реєстрації не впливає на правовий режим такого майна. У першому випадку один із подружжя, який залишився живим, стає власником майна й у сутнісному, й у формальному розумінні, оскільки таке майно зареєстровано на його ім'я. Очевидно, що перереєстрація майна за таких обставин не потрібна, оскільки це означало б його перереєстрацію від особи «А» на знов-таки особу «А». Хоча формально при цьому нічого не змінюється (перереєстрація не здійснюється), у сутнісному розумінні зміни є суттєвими. Той із подружжя, хто пережив другого з подружжя, стає власником майна в повному обсязі.

У другому випадку, коли майно було зареєстроване на ім'я того з подружжя, хто помер, реєстрація права власності на нерухоме майно щодо нового власника потрібна. Вона має здійснюватися на підставі свідоцтва про право на спадщину. У цьому разі, очевидно, треба користуватися ст. 1243 ЦК України, яка встановлює спеціальні правила щодо спадкування майна за заповітом подружжя, а не загальними нормами щодо спадкування (ст. 1261 ЦК України). Не може при цьому застосовуватися і ст. 67 СК України, оскільки вона розрахована на випадки укладення кожним із подружжя заповіту щодо свого майна, а не спільного заповіту подружжя.

3) Очевидно, найскладнішим є питання про можливість застосування до заповіту подружжя норм ЦК України щодо **обов'язкової частки в спадщині** (ст. 1241 ЦК України). У частині 2 ст. 1243 ЦК України сказано, що в разі складення спільного заповіту частка в праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив. У цій нормі повторюється вираз: «частка в праві спільної сумісної власності», хоча вона це є умовним. Після смерті одного з подружжя спільна сумісна власність трансформується в спільну часткову власність, і саме частка в праві спільної часткової власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив.

Проаналізувавши встановлених в законі правила можна дійти висновку, що правила про обов'язкову частку в спадщині не застосовуються до від-

носин, що виникають із заповіту подружжя. По-перше, у ч. 2 ст. 1243 ЦК України сказано, що після смерті першого з подружжя частка в праві спільної сумісної власності *переходить* до другого з подружжя, який його пережив. Це свідчить про те, що в даному випадку не має місце відкриття спадщини, яке логічно пов'язане з виникненням права на обов'язкову частку. Майно просто переходить від одного з подружжя до другого поза правилами про спадкування. Тому обов'язкові спадкоємці першого з подружжя не закликаються до спадкування. Проте, якщо не все майно охоплено спільним заповітом подружжя, то щодо іншого майна застосовуються загальні норми закону про спадкування. При цьому можливо спадкування як за законом (якщо немає заповіту щодо іншого майна), так і за заповітом того з подружжя, який помер першим (якщо існує заповіт щодо майна, яке не охоплено заповітом подружжя).

По-друге, у разі смерті останнього з подружжя право на спадкування мають *особи, визначені подружжям у заповіті*. У законі не сказано, що після смерті другого з подружжя відкривається спадщина або здійснюється спадкування. У законі визначено, що за заповітом подружжя спадкують лише особи, які визначені в ньому. Ці положення закону надають можливість для зазначених висновків щодо неможливості застосування правил ст. 1241 ЦК України до заповіту подружжя.

§ 4.2 Порядок розподілу (поділу) спадкового майна між спадкоємцями

Відповідно до ст. 1278 ЦК України частки кожного спадкоємця в спадщині є рівними, якщо спадкодавець у заповіті сам не розподілив спадщину між ними. Це ж саме стосується і спадкоємців за законом, частки кожного з них визнаються рівними (ч. 1 ст. 1267 ЦК України). Спадкоємці за усною домовленістю між собою щодо рухомого майна можуть змінити розмір частки в спадщині когось із них. Що ж до спадщини в вигляді нерухомого майна або транспортних засобів, такий договір має бути укладено письмово й нотаріально посвідчено.

Після визначення розміру часток спадкоємців у спадщині, кожен із них має право на виділ його частки зі спадщини в натурі (ч. 2 ст. 1278 ЦК України). Спадкоємці можуть домовитися про поділ спадщини в випадках, коли спадкодавець у заповіті не розподілив спадщину, а лише вказав частки кожного зі спадкоємців, або ж у заповіті розподілена спадщина, але залишилася частка майна, не охоплена заповітом, або спадкування здійснюється виключно за законом. При цьому нотаріусам слід відмежовувати договори про зміну розміру часток у спадщині від

договорів про поділ (розподіл) спадщини, оскільки сутність цих договорів є різною. Якщо в першому випадку йдеться про зміну розміру ідеальних часток у спадщині, то в другому — про поділ майна між спадкоємцями в натурі. До відносин, що виникають при поділі спадщини в натурі, застосовуються норми, що регулюють спільну власність (гл. 26 ЦК України).

Не може бути посвідчено договір про поділ (виділ) спадкового майна в натурі, якщо в заповіті вказано конкретні види спадкового майна, що перейдуть відповідним спадкоємцям.

Спадкоємці, які прийняли спадщину, можуть одночасно з отриманням свідоцтва про право на спадщину, або після його отримання, але до державної реєстрації права власності на нерухоме майно, пред'явлення свідоцтва про право на спадщину в вигляді вкладу до банку (фінансової установи) тощо укласти договір про поділ спадщини в натурі шляхом визначення конкретного майна (квартир, будинків, земельних ділянок, транспортних засобів, цінних паперів, вкладів у банках, майнових авторських прав тощо), що охоплюється належною їм часткою в спадщині.

Після державної реєстрації права власності на спадкове нерухоме майно (ст. 1299 ЦК України), отримання спадкоємцями вкладів спадкодавця в банках (фінансових установах) поділ спадщини здійснюється в загальному порядку за правилами, установленими щодо договорів відчуження — купівлі-продажу, міни, дарування тощо.

Ураховуючи ту обставину, що спадкування кількома спадкоємцями за загальним правилом призводить до встановлення спільної часткової власності, виділ частки особи в натурі здійснюється із дотриманням норм ЦК України, що регулюють виділ частки в праві спільної часткової власності (ч. 2 ст. 364 ЦК України).

При посвідченні договору про поділ спадщині між спадкоємцями в натурі нотаріусу слід мати на увазі, що цей договір, будучи результатом вільного волевиявлення всіх спадкоємців, може передбачати невідповідність результатів розподілу належним спадкоємцям до ідеальних часток у спадщині. Тобто договірний розподіл може бути проведено з відступленням від розміру часток кожного зі спадкоємців у спадщині. Така невідповідність може бути компенсована шляхом виплати певної грошової суми (п. 230 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України), в іншому порядку, зокрема за рахунок спадкового майна, на яке свідоцтво про право на спадщину не видавалося, тощо. Не може бути перешкодою в посвідченні договору про поділ спадщини

й повна відсутність компенсації частки спадкоємця в спадковому майні з боку інших спадкоємців.

Договір про поділ спадщини може бути посвідчено як державними, так і приватними нотаріусами. Для вчинення цієї нотаріальної дії нотаріусу подаються раніше видані свідоцтва про право на спадщину. Однак у справах нотаріуса свідоцтва про право на спадщину не залишаються, а повертаються спадкоємцям, зокрема для подальшої реєстрації права власності на майно.

Державне мито за посвідчення договору про поділ спадщини сплачується за ставкою, передбаченою пп. «е» п. 3 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито», тобто в розмірі одного неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

При вирішенні питання про поділ спадщини, необхідно мати на увазі, що окремі категорії спадкоємців мають переважне право на виділ їм спадкового майна в натурі (ст. 1279 ЦК України). Так, спадкоємці, які разом зі спадкодавцем були співвласниками майна, мають переважне право перед іншими спадкоємцями на виділ їм у натурі цього майна, у межах їхньої частки в спадщині.

Якщо після спливу строку для прийняття спадщини й після розподілу її між спадкоємцями в натурі, спадщину прийняли інші спадкоємці, вона підлягає перерозподілу, з урахуванням прав цих спадкоємців (ст. 1280 ЦК України). Перерозподіл здійснюється за згодою спадкоємців, які прийняли спадщину, або на підставі рішення суду про задоволення вимог спадкоємців, які з поважних причин пропустили строк для прийняття спадщини (ч. 3 ст. 1272 ЦК України). У першому випадку спадкоємці, які прийняли спадщину, подають нотаріусу письмові заяви про надання згоди на прийняття спадщини тим зі спадкоємців, який пропустив установлений строк для її прийняття. У такому разі нотаріусом усім спадкоємцям видаються нові свідоцтва про право на спадщину (ч. 3 ст. 1300 ЦК України). У другому випадку суд, задовольняючи вимоги спадкоємця про визначення додаткового строку для прийняття спадщини, одночасно визнає недійсним у відповідній частині раніше видані свідоцтва про право на спадщину та договір про поділ спадщини між спадкоємцями в натурі (якщо такий договір було укладено). Рішення суду є підставою для перерозподілу спадщини. «Нові» спадкоємці мають право вимагати передання їм у натурі частини майна, яке збереглося, або сплати грошової компенсації. Якщо майно, на яке претендує спадкоємець, що пропустив строк для прийняття спадщини, перейшло як відумерле до територіальної громади й збереглося, спадкоємець має можливість вимагати його передачі в натурі. У разі реалізації майна спадкоємець має право на грошову компенсацію.

§ 4.3 Порядок оформлення спадкових прав на приватне підприємство

1. Поняття приватного підприємства.

ЦК України не передбачає такої юридичної особи, як *приватне підприємство*, однак, на відміну від ЦК, у ГК України це врегульовано (ст. 113). Крім того, приватні підприємства існують у дійсності, оскільки були створені за раніше діючим законодавством.

Складнощі, яких при такому неоднозначному правовому становищі приватних підприємств зазнають правники, полягають у наступному:

- а) приватні підприємства за раніше діючим законодавством могли створюватися тільки *однією фізичною особою*;
- б) нині за ГК України воно може створюватися як однією, так і *кількома фізичними особами*, а може — *однією юридичною особою*;
- в) майно приватного підприємства може належати йому на праві власності, а може — на праві господарського відання, а відтак
- г) засновник (або засновники, якщо їх кілька) можуть бути власниками майна приватного підприємства, а можуть мати корпоративні права, оскільки приватне підприємство буде власником свого майна, а його засновник (и) стають власниками корпоративних прав. Останнє не суперечить визначенню корпоративних прав, наданих у ст. 167 ГК України, бо їх можуть мати не лише учасники господарських товариств, а й особи, частку яких визначено в майні господарюючого суб'єкта;
- д) приватне підприємство слід відрізнити від ТОВ/ТДВ або АТ, учасником/акціонером яких є одна особа. Разом із тим постає запитання: приватне підприємство, створене однією особою, буде унітарним чи корпоративним, бо саме такий поділ підприємств надається в ч. 3 ст. 63 ГК України? Це питання пов'язане з тим, що згідно з ч. 5 цієї ж статті, корпоративними є приватні підприємства, засновані на приватній власності двох або більш осіб, а приватні підприємств, засновані на приватній власності однієї особи, є унітарними (ч. 4 ст. 63 ГК України). Проте, господарські товариства, створені однією особою, у будь-якому випадку визнаються корпоративним (ч. 5 ст. 63 ГК України). А відтак, не логічно не визнавати таку можливість і за приватними підприємствами, що мають одного засновника.

Отже, однозначної відповіді на питання про те, як спадкується майно приватного підприємства, надати не можна, адже слід передусім розібратися з тим, яке ми маємо приватне підприємство, тобто уважно проаналізувати його статут і дійти висновку про те, який правовий статус має приватне підприємство і його майно. Від цього залежить те, що буде успадковуватися.

2. Види прав приватного підприємства на майно.

Варіант 1. Приватне підприємство створене **однією фізичною особою** (тобто має одного засновника — фізичну особу), яке **є власником майна**. Тоді засновник власником майна бути не може, оскільки неприпустимо, щоб на одне й те ж саме майно право власності мали два різних суб'єкти¹.



Статути таких приватних підприємств, як правило, не містять назву тих майнових прав, які має засновник по відношенню до майна створеного ним підприємства. При виникненні ж потреби в їх спадкуванні склалися такі варіанти:

- спадкуються корпоративні права, що належали засновнику;
- «права засновника» приватного підприємства;
- право на частку засновника в статутному капіталі приватного підприємства (100 %);
- право на статутний капітал приватного підприємства.

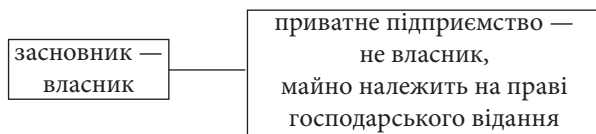
Слід одразу зазнати, що всі з перелічених варіантів містять істотні недоліки. Так, якщо вести мову про спадкування корпоративних прав, то вони не визначаються в якості об'єкта в ЦК України і тому їх спадкування не є беззаперечним. Крім того, поняття корпоративних прав тісно пов'язано з поняттям прав засновника. Водночас існує сумнів щодо майнового характеру прав засновника, а відтак — щодо можливості їх обороту, у тому числі спадкування. Безсумнівно, такий же тісний зв'язок існує і між поняттями корпоративних прав та прав на частку в статутному капіталі. І хоча законодавство допускає існування ТОВ з одним учасником, якому, відповідно, належить 100 % частка статутного капіталу, то фактично така сама ситуація складається й у приватному підприємстві. Між тим декому здається не зовсім коректним позначати на 100 % частку, бо це є нічим іншим, як усім статутним капіталом. Це й породило твердження про те, що спадкуватиметься право на статутний капітал приватного підприємства. Однак підтримувати цей підхід так само беззаперечно не можна, адже статутний капітал сам по собі не є оборотоздатним об'єктом, і тому право на нього — так само є достатньо умовним.

¹ При цьому, звичайно, не йдеться про право спільної власності, правовий режим якого припускає множинність суб'єктів та єдність об'єкту, але в випадку з приватним підприємством така схема, за якою були б співвласниками підприємство і його засновник, не має права на існування.

Інші варіанти навряд чи існують, а всі розглянуті містять істотні вади, щоб можна було рекомендувати їх застосування. Звичайно, що найкращим виходом було б перетворення всіх приватних підприємств на господарські товариства, щоб уникнути багатьох непростих проблем, але під час їх існування та в випадку постановки питання про спадкування, очевидно, найнебезпечнішим шляхом є позначення в свідоцтві на спадщину про **спадкування майнових прав засновника приватного підприємства «Х»**.

У такому разі не порушується проблема корпоративних прав і не породжується проблема існування такого об'єкту, як статутний капітал та часток у ньому, які дорівнюватимуть всьому цьому капіталу в цілому. Сумніву ж у тому, що права засновника на майно приватного підприємства носять майновий характер, не існує.

Варіант 2. Приватне підприємство створене **однією фізичною особою** (тобто має одного засновника — фізичну особу) і **не є власником майна**, а його право на майно є господарським віданням (ст. 136 ГК України).



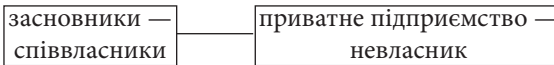
Тоді засновник буде власником майна приватного підприємства, і тому спадкуватися буде це майно. Цікаво в цьому разі те, що спадкуватиметься підприємство як єдиний майновий комплекс (ст. 191 ЦК України). Тобто підприємство виступає в двох аспектах: і як суб'єкт, і як об'єкт. Але ці словосполучення відрізняються тим, що **підприємство — це майно**, а **приватне підприємство — юридична особа**, суб'єкт. Тоді буде так: **у спадщину переходить майно юридичної особи**.

Правила щодо спадкування підприємства як єдиного майнового комплексу схожі з питаннями відчуження підприємств, розглянутими в підрозділі 2.2 Глави II.

Варіант 3. Приватне підприємство створене **кількома фізичними особами і є власником майна**. Тобто воно являє собою корпоративне підприємство, але не господарське товариство. На практиці такий варіант зустрічається вкрай рідко. У цьому разі учасники мають право на частку в статутному капіталі, яке і спадкується після смерті когось із них.



Варіант 4. Приватне підприємство *створене кількома фізичними особами і не є власником майна*. Тобто майно приватного підприємства належить на праві спільної власності його учасникам. Це маловірогідна модель приватного підприємства, але тим не менше не слід її виключати. У разі смерті учасника такого приватного підприємства (хоча й цей термін «учасник» тут навряд чи прийнятний) спадкуватиметься частка в спільному майні — майні приватного підприємства.



3. Рекомендації в визначенні дій при спадкуванні.

Враховуючи гіпотетичність двох останніх варіантів, зазначимо такі дії, які слід здійснити при смерті засновника (учасника) приватного підприємства:

- 1) установити, чи є приватне підприємство власником, чи належить йому майно на праві господарського відання (це має бути закріплене в його статуті);
- 2) якщо приватне підприємство є власником свого майна, то його засновник має майнові права, які входять до складу спадщини;
- 3) якщо приватне підприємство є суб'єктом права господарського відання, то засновник є власником майна приватного підприємства, а тому до складу спадщини входить майно приватного підприємства (або **єдиний майновий комплекс приватного підприємства**, або **«підприємство приватного підприємства»**).

Крім цього, необхідно внести відповідні зміни до державного реєстру. При цьому юридична особа (приватне підприємство) залишиться як суб'єкт права, а зміниться його засновник (засновники).

§ 4.4 Спадкування корпоративних прав

1. *Об'єкт спадкування.* Передусім слід визначитися з тим, *що* буде спадкуватися. Інакше кажучи — з тим об'єктом, який входить до складу спадщини. На практиці виникли такі варіанти спадкування:

- а) право на участь у товаристві;
- б) право на частку в статутному (складеному) капіталі;
- в) корпоративних прав учасника товариства.

Право на участь у товаристві визначене в ст. 100 ЦК України як особисте немайнове право, яке не може окремо передаватися іншій особі. Звичайно, що одразу постають питання про можливість його передання в сукупності з іншими правами, а якщо така можливість існує, то з якими саме. Не вирішує цього питання й ч. 1 ст. 1219 ЦК України, в якій зазнача-

ється, що не входять до складу спадщини право на участь у товаристві, якщо інше не встановлено законом або установчими документами.

Найприйнятнішим є розуміння спадкування права на частку в статутному (складеному) капіталі (на кшталт договорів про відчуження цих прав¹).

Корпоративні права об'єктом спадкування безпосередньо бути не можуть, оскільки до спадкоємців вони безумовно не переходять. Спадкоємець може набути корпоративних прав (прав учасника господарського товариства) лише за згодою інших учасників на його вступ до товариства.

Якщо корпоративні права втілено в акції (тобто, коли йдеться про спадкування прав акціонера), то об'єктом виступає *акція* як цінний папір.

Отже, можна підсумувати:

- якщо корпоративні права втілено в акції, то спадкуватимуться акції;
- якщо корпоративні права такого втілення не набули (права учасників інших господарських товариств), то спадкується частка в статутному (складеному) капіталі.

2. Порядок спадкування та умови набуття спадкоємцями корпоративних прав.

Акція як об'єкт цивільних прав та цінний папір успадковується, і до спадкоємців акціонера переходять усі права, що надаються нею. Тобто спадкоємці стають акціонерами (учасниками АТ), а значить, до них переходять як майнові, так і немайнові права участі в товаристві (корпоративні права). При цьому немає ніяких розбіжностей між спадкуванням акцій та інших речей.

Спадкування **права на частку** в складеному капіталі **повних товариств** також урегульовано неоднозначно. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 129 ЦК України повне товариство може прийняти рішення про визнання учасника повного товариства таким, що вибув із його складу, у разі смерті (або оголошення його померлим) — за відсутності спадкоємців. *По-перше*, навряд чи тут можливі варіанти, адже померлий учасник, звичайно, вже не перебуває у зв'язку з товариством. При цьому байдуже, наявні чи відсутні в нього спадкоємці. Сам факт смерті свідчить про вибуття учасника з повного товариства. *По-друге*, замість нього може бути прийнятий до товариства спадкоємець. Однак для цього йому треба вступити до товариства (ч. 2 ст. 130 ЦК України). Очевидно, що він має виразити свою волю, а повне товариство — свою волю щодо його прийняття до складу учасників. *По-третьє*, якщо повне товариство не бажає приймати учасника, то воно виносить рішення про вибуття померлого учасника і про відмову його спадкоємцям у прийнятті до складу учасників. *По-четверте*, згідно з ч. 2 ст. 130 ЦК України,

¹ Див. підрозділ 2.1 Глави II.

якщо спадкоємець учасника повного товариства не вступив у повне товариство, йому виплачується вартість частини майна товариства, пропорційна частці померлого учасника в складеному капіталі товариства. Причини, за яких спадкоємець не вступив до товариства, не мають значення — чи він відмовився від вступу, чи йому відмовили.

Наведене вище свідчить, що, не може йтися і про спадкування частки в складеному капіталі повного товариства, адже спадкоємець набуває лише право вимоги проведення з ним розрахунків, якщо він не вступив до товариства. І навпаки, якщо він вступає до товариства, то це робиться шляхом його прийняття до складу учасників, тобто він не тільки є учасником спадкових відносин, а й корпоративних, які в сукупності нададуть йому права участі в товаристві (корпоративних прав).

Отже, якщо в складі спадщини фігурує право на частку в складеному капіталі повного товариства, і спадкоємець померлого учасника повного товариства її успадкував, то він усе одно не став з цього моменту учасником товариства. Для цього йому необхідно звернутися до товариства з письмовою заявою, а товариство має прийняти рішення про його вступ до складу учасників. Таке рішення приймається учасниками, як і всі інші рішення, згідно з ч. 1 ст. 121 ЦК України — за взаємною згодою всіх учасників, якщо інше не передбачено засновницьким договором.

Не менше проблем зі спадкуванням у **командитних товариствах**. Якщо спадкується частка померлого учасника з повною відповідальністю, то складається така ж само ситуація, як було зазначено вище про спадкування частки учасника повного товариства. Якщо спадкується частка вкладника, то з цього приводу ЦК України не містить ніяких правил. У такому разі можливі два варіанти: (а) аналогічно спадкуванню повних учасників; (б) спадкування частки померлого вкладника приводить до автоматичного набуття його спадкоємцями прав участі (корпоративних прав). Очевидно, другий варіант більше відповідає сутності відносин у командитних товариствах, адже при переданні своєї частки вкладник лише повідомляє про це товариство (п. 6 ч. 2 ст. 127 ЦК України). Тому й при спадкуванні має бути застосоване таке ж правило.

Схожі процеси зі спадкуванням частки у статутному капіталі **товариства з обмеженою відповідальністю**, оскільки ч. 5 ст. 147 ЦК України також встановлює певну умову для цього. Разом із тим за наявності схожих рис існують і розбіжності в регулюванні цього питання. Так, у зазначеній нормі йдеться про перехід частки померлого до спадкоємця, внаслідок чого спадкоємець стає учасником, але якщо статутом не передбачено, що такий перехід прав допускається лише за згодою інших учасників товариства. Тобто, тут діє правило немов би прямо протилежне: якщо спадкоєм-

цю учасника повного товариства насамперед треба отримати згоду на прийняття його до складу учасників, то спадкоємцеві учасника ТОВ це належить зробити лише в разі, якщо такий порядок встановлює статут ТОВ.

Слід звернути увагу також на те, що в указаній статті йдеться про згоду учасників товариства, а не про прийняття рішення загальними зборами. По-перше, для згоди мають бути опитані всі учасники, і всі вони (а не більшість) мають погодитися зі спадкуванням частки. По-друге, для цього не обов'язково скликати загальні збори, а можна це питання вирішувати й іншим чином. По-третє, в ЦК України не вказується, що спадкоємець *приймається (або вступає)* до ТОВ, а зазначається, що *до нього переходить* частка померлого учасника, якщо є на це згода інших учасників.

У випадках якщо спадкоємець не виявив згоди вступити в ТОВ або інші учасники ТОВ не надали згоди на перехід до нього права на частку в статутному капіталі ТОВ, у спадкоємця виникає право вимагати від ТОВ сплатити йому частку майна ТОВ, пропорційну частці померлого. Складається цікава ситуація, коли частка в статутному капіталі не переходить до спадкоємця, а натомість переходить право майнової вимоги.

Отже, можна говорити про *автоматичність* набуття у спадщину прав учасника ТОВ або *умовність* такого набуття (при згоді інших учасників). Це має значення для реалізації корпоративних відносин, наприклад, чи будуть враховуватися голоси померлого учасника (або його спадкоємця), чи їх не враховувати при визначенні кворуму на загальних зборах.

Жодних подібних нюансів не виникає при спадкуванні майна учасника **товариства власників житлового будинку**, до спадкоємців якого автоматично переходять усі майнові права спадкодавця — не тільки власника квартири (тоді до складу спадщини включатиметься право на квартиру), а і його права як учасника товариства власників будинку. Необхідно також вирізняти право на пай у житлово-будівельному кооперативі та квартиру, вартість якої сплачено і яка стала власністю особи, що померла. Наприклад, суперечливою видається ситуація, коли в заповіті зазначалося, що пай у ЖБК заповідач заповідає своїй дружині та синові в рівних частках, а квартиру — синові. Після смерті заповідача прийняли в члени ЖБК його дружину. Внаслідок цього виникають непорозуміння стосовно того, чи може бути в ЖБК власник квартири, який не є членом ЖБК, і як різняться право на пай та право на квартиру, адже право на пай супроводжує членство в ЖБК для обслуговування головного права — права власності на квартиру? Такого бути не повинно.

Слід зауважити, що перехід у спадщину зазначених майнових прав не тягне за собою перехід інших прав спадкодавця, наприклад, на займання посад у товаристві.

§ 4.5 Особливості посвідчення спадкового договору

За *спадковим договором*, одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача (ст. 1302 ЦК України).

Слід відмітити соціальне значення інституту спадкового договору, оскільки за його допомогою мають бути захищені майнові та немайнові права осіб похилого віку, що потребують догляду й сторонньої допомоги. Спадкові договори досить поширені в нотаріальній практиці, їх можуть посвідчувати як державні, так і приватні нотаріуси.

Незважаючи на те, що в назві цього договору присутнє слово «спадковий», перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування в розумінні ст. 1217 ЦК України і на нього не поширюються відповідні положення ЦК України про спадкування, включаючи норми, що стосуються здійснення і захисту права на обов'язкову частку в спадщині (ст. 1241 ЦК України), прийняття спадщини (ст. 1268 ЦК України), заповідального відказу (ст. ст. 1237–1239 ЦК України) тощо. Крім того, на відміну від спадкоємця, який прийняв спадщину й відповідає за боргами спадкодавця в межах дійсної вартості майна, яке до нього перейшло (ст. 1282 ЦК України), набувач за спадковим договором такої відповідальності не несе.

Обов'язковому нотаріальному посвідченню підлягають усі спадкові договори, незалежно від того, чи наявне в складі майна, що є предметом такого договору, нерухоме майно.

Відповідно до ст. 55 Закону України «Про нотаріат» спадкові договори щодо нерухомого майна посвідчуються за умови подання документів, що підтверджують право власності відчужувача на майно, з перевіркою відсутності заборони відчуження або арешту цього майна. Посвідчення договорів про відчуження відбувається за місцезнаходженням нерухомого майна або за місцезнаходженням однієї зі сторін договору.

Предметом спадкового договору є будь-яке майно, як рухоме, так і нерухоме, яке належить відчужувачу на праві власності. До предмета спадкового договору можуть входити також і майнові права. Однак предметом спадкового договору не можуть бути права й обов'язки відчужувача, які нерозривно пов'язані з його особою, правонаступництво за якими не допускається, зокрема перелічені в ст. 1219 ЦК України. На практиці в переважній більшості випадків предметом спадкового договору виступає нерухоме майно, що належить відчужувачу на праві власності. У такому разі нотаріусу подається правостановлювальний документ на нерухоме майно, що є предметом договору, на цьому документі робиться відмітка про заборону відчуження майна, після цього

правовстановлювальний документ повертається відчужувачу. Немає достатніх підстав залишати цей документ у нотаріуса, оскільки відчужувач не перестає бути власником нерухомого майна й може вчиняти з ним правочини, не пов'язані з відчуженням. Крім того, правовстановлювальні документи на нерухоме майно потрібні відчужувачу для вчинення інших дій (наприклад, оформлення житлових субсидій, установадження телефону).

У випадку коли предметом спадкового договору є частка в праві спільної часткової власності, приписи ст. 362 ЦК України щодо переважного права співвласників купівлі частки в спільній частковій власності не застосовуються.

Із визначення спадкового договору (ст. 1302 ЦК України) випливає, що ним може встановлюватися лише право власності набувача на предмет договору, а не будь-яке інше речове право, у тому числі й особистий сервітут.

Сторонами спадкового договору є відчужувач і набувач. Якщо відчужувачем може бути фізична особа, то набувачем за спадковим договором виступає як фізична, так і юридична особа. Відчужувачем і набувачем може бути як цілком дієздатна фізична особа, так і особа з неповною цивільною дієздатністю (ст. 32 ЦК України). Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 32 ЦК неповнолітні у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією та іншими доходами. Будучи набувачем за спадковим договором, неповнолітня особа може за рахунок цих коштів надавати допомогу відчужувачу. Договором можуть бути встановлені й інші обов'язки неповнолітнього набувача, які співпадатимуть із визначеним ЦК України обсягом його дієздатності.

Цивільним кодексом окремо визначено, що відчужувачем може бути подружжя або один із них (ст. 1303 ЦК України). У такому випадку можливі різні варіанти змісту спадкового договору. Подружжя може укласти спадковий договір щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності (п. 234 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). При цьому предметом договору може бути як майно, набуте подружжям під час шлюбу, зокрема придбане за рахунок спільних коштів (ст. ст. 60, 61 СК України), так і майно придбане з інших, передбачених законодавством, підстав. Наприклад, житло, право власності на яке чоловік і дружина набули шляхом приватизації відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду». Як зазначено в ст. 8 цього Закону, передача займаних квартир (будинків) здійснюється в спільну сумісну або часткову власність за письмовою згодою всіх повно-

літніх членів сім'ї, які постійно мешкають у даній квартирі (будинку), у тому числі тимчасово відсутніх, за якими зберігається право на житло, з обов'язковим визначенням уповноваженого власника квартири (будинку). Правовий режим спільної сумісної власності встановлено також для майна, набутого в результаті спільної праці та за спільні кошти членів сім'ї, якщо інше не встановлено договором, укладеним у письмовій формі (ч. 4 ст. 368 ЦК України).

При укладанні спадкового договору, в якому подружжя виступають відчужувачами, попереднє визначення ідеальних часток у спільній сумісній власності не вимагається, оскільки законодавство виходить із засад рівності часток подружжя в праві спільної власності. Однак подружжя можуть відступити від засад рівності, уклавши між собою договір про визначення ідеальних часток у праві спільної сумісної власності. Якщо один із подружжя є відчужувачем, а інший виступає набувачем за цим же договором, то спадковий договір відповідно до ч. 2 ст. 64 СК України може бути посвідчено без виділу й визначення частки в праві спільної сумісної власності, що є предметом спадкового договору. Не виключається і ситуація, коли предметом спадкового договору є майно, що перебуває в особистій приватній власності одного з подружжя (ст. 57 СК України), про що має бути зазначено в спадковому договорі.

При укладанні подружжям спадкового договору щодо майна, яке перебуває в спільній сумісній власності, цим договором може бути встановлено, що в разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а в разі смерті другого з подружжя його майно переходить до набувача за договором (ч. 2 ст. 1306 ЦК України). Дане положення спадкового договору наближує його до спільного заповіту подружжя (ч. 2 ст. 1243 ЦК України). Оскільки законодавець використовує в даному випадку термін «спадщина», не вказуючи на наявність певних виключень, оформлення спадкових прав іншого з подружжя повинно здійснюватися на загальних підставах. Але про видачу свідоцтва про право на спадщину іншому з подружжя на майно, що є предметом спадкового договору, нотаріус повідомляє набувача цього майна (п. 226 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України).

При цьому слід мати на увазі, що поняття «спадщини», за змістом ч. 2 ст. 1306 ЦК України, і «майна, що є предметом спадкового договору подружжя», можуть не співпадати.

Значимо, що перехід спадщини від одного з подружжя до іншого за наявності спадкового договору чинним законодавством у вичерпний спосіб не врегульовано.

У випадку смерті одного з подружжя інший з подружжя за наявності достатніх підстав може ініціювати розірвання спадкового договору.

Набувачем також може бути особа, яка перебуває у шлюбі. У такому випадку нотаріус роз'яснює їй, що в разі коли виконання спадкового договору пов'язане з витрачанням коштів, які перебувають у спільній сумісній власності, розпорядження цими коштами здійснюється за взаємною згодою подружжя (ч. 1 ст. 65 СК України), а майно, що переходить за спадковим договором, набуває, за загальним правилом, статусу спільної сумісної власності подружжя, незалежно від того, що інший із подружжя не був стороною за спадковим договором. При посвідченні такого варіанту спадкового договору, нотаріус вимагає письмової згоди другого з подружжя на його укладення (ч. 3 ст. 65 СК України).

Спадковим договором, набувачем за яким виступає один із подружжя, може бути передбачено його виконання виключно за рахунок коштів, які належали йому особисто, без залучення коштів або майна, що перебуває в спільній сумісній власності. У такому разі майно, що є предметом спадкового договору, переходить після смерті відчужувача в особисту приватну власність набувача, про що має бути зазначено в спадковому договорі. При цьому згоди іншого з подружжя на укладення договору не вимагається. Такі самі наслідки має покладення на набувача за спадковим договором обов'язків виключно немайнового характеру або майнового характеру, але за рахунок відчужувача (придбання лікарських засобів і виробів медичного призначення, продуктів харчування, одягу, взуття, сплата комунальних послуг тощо). Таким чином, коли набувачем за спадковим договором виступає один із подружжя, згоди іншого з подружжя на його укладення не вимагається, а набуте за цим договором майно переходить в особисту приватну власність у випадках:

- 1) виконання набувачем дій майнового характеру за рахунок коштів (майна), що належали йому особисто. Нотаріусу слід мати на увазі, що не належить до спільної сумісної власності майно одного з подружжя, набуте особою до шлюбу; набуте за час шлюбу на підставі договору дарування або в порядку спадкування; набуте за час шлюбу, але за кошти, що належали одному з подружжя особисто; речі індивідуального користування, у тому числі коштовності, навіть якщо вони були придбані за рахунок спільних коштів подружжя; кошти, одержані як відшкодування за втрату (пошкодження) речі, яка належала особі, а також як відшкодування завданої їй моральної шкоди; страхові суми, одержані за обов'язковим або добровільним особистим страхуванням, якщо страхові внески сплачувалися за рахунок коштів, що були особистою власністю кожного з них (п. 24 постанови Плену-

му Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» від 21 грудня 2007 року¹). На розпорядження цим майном згоди іншого з подружжя не вимагається;

2) покладення на набувача за спадковим договором виконання перед відчужувачем виключно дій немайнового характеру;

3) покладення на набувача за спадковим договором виконання перед відчужувачем дій майнового характеру, але за рахунок коштів відчужувача;

4) внесення відповідного положення (про можливість розпорядження майном без згоди іншого з подружжя) до шлюбного договору між подружжям, один з яких виступає набувачем.

Змістом спадкового договору є вчинення набувачем дій майнового чи немайнового характеру як до відкриття спадщини, так і після відкриття. До дій майнового характеру може бути віднесено надання відчужувачу допомоги матеріального характеру в вигляді продуктів харчування, лікарських засобів і виробів медичного призначення, інших предметів першої необхідності, грошової допомоги. При цьому в спадковому договорі може бути зазначена межа або розмір грошової допомоги, яка надається набувачем відчужувачу. Що стосується дій набувача після відкриття спадщини, то це можуть бути витрати на поховання відчужувача тощо. Обов'язки в вигляді дій немайнового характеру, тобто позбавлених економічного змісту, передбачають шанобливе ставлення з боку набувача до особи відчужувача, регулярне відвідування набувача, толерантне ставлення до окремих недоліків його характеру, організацію прогулянок, участь у догляді за відчужувачем, його оселею, оплату за дорученням і за рахунок відчужувача комунальних послуг, надання допомоги в оформленні житлових субсидій тощо.

Крім того, за спадковим договором на набувача може покладатися вчинення певних дій не тільки на користь відчужувача, а й визначених ним третіх осіб, у тому числі й після смерті відчужувача. При такому варіанті спадковий договір буде містити елементи договору на користь третьої особи (ст. 636 ЦК України). Однак дане положення спадкового договору не слід розглядати як заповідальний відказ (ст. 1237 ЦК України) чи заповідальне покладення (ст. 1240 ЦК України), оскільки спадко-

¹ Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21.12.2007 // Вісник Верховного суду України. — 2008. — № 1. — С. 5.

вий договір є підставою виникнення зобов'язальних, а не спадкових правовідносин.

Цивільне законодавство окремо не виділяє обов'язки відчужувача за спадковим договором, однак ураховуючи, що за цим договором у разі смерті відчужувача в набувача виникає право власності на майно, обов'язком відчужувача може бути забезпечення передачі правостановлювальних документів на це майно тощо.

Відповідно до ст. 1307 ЦК України відчужувачем може бути призначена особа, яка здійснюватиме контроль за виконанням спадкового договору після його смерті. Така особа може бути вказана в тексті спадкового договору, однак її присутність при посвідченні спадкового договору не вимагається. За відсутності цієї особи, контроль за виконанням спадкового договору здійснює нотаріус за місцем відкриття спадщини. Нотаріус відслідковує дії набувача з виконання спадкового договору, може витребувати від нього з метою вивчення відповідні документи (довідки, рахунки, квитанції, чеки тощо).

У випадку смерті відчужувача нотаріус на підставі документа, що підтверджує цей факт (свідоцтво про смерть, видане органами реєстрації актів цивільного стану) знімає заборону відчуження.

Після смерті відчужувача первинний правостановлювальний документ на нерухоме майно, що було предметом договору, підлягає поверненню нотаріусу, який приєднує даний документ до примірника спадкового договору, що зберігається в справах нотаріуса. У випадку коли нотаріус, який посвідчив спадковий договір, припинив свою діяльність або з інших причин не може вчинити даної дії, набувач має право звернутися до іншого нотаріуса, який повинен витребувати з архіву відповідні матеріали з метою вчинення вказаних дій.

У випадку коли предметом спадкового договору є нерухоме майно, набувач подає до органів державної реєстрації примірник спадкового договору для реєстрації за ним права власності на це майно.

Спадковий договір, будучи за ЦК України підставою переходу права власності, входить до Переліку правостановлювальних документів, на підставі яких проводиться реєстрація права власності на об'єкти нерухомого майна, затвердженого наказом Міністерства юстиції України «Про затвердження Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно» від 7 лютого 2002 року, з наступними змінами і доповненнями.

Необхідно наголосити, що цивільне законодавство пов'язує набуття права власності в набувача на майно відчужувача лише з юридичним фактом смерті відчужувача. Виникнення права власності в набувача ЦК

України не пов'язується з виконанням чи невиконанням його обов'язків за договором. Інакше кажучи, окремі положення спадкового договору (наприклад, організація поховання, догляд за могилою відчужувача, установлення намогильної споруди, відзначення роковини смерті), набувач може виконувати й після набуття права власності на відповідне майно. Смерть відчужувача не означає припинення зобов'язань набувача за договором, однак заборона відчуження майна, визначеного в спадковому договорі, знімається нотаріусом у разі настання юридичного факту — смерті відчужувача, а не після припинення всіх зобов'язань набувача за договором.

У випадку смерті фізичної особи — набувача за спадковим договором, або ліквідації юридичної особи, що сталися до відкриття спадщини, дія спадкового договору припиняється, оскільки цей договір, урахувавши його особистий характер, правонаступництва не допускає. При цьому нотаріус за письмовою заявою відчужувача знімає заборону відчуження з майна.

Відповідно до ст. 1308 ЦК України спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу відчужувача в разі невиконання набувачем його розпоряджень або на вимогу набувача в разі неможливості виконання набувачем розпоряджень відчужувача. Так, набувач може ініціювати розірвання спадкового договору за ситуації, коли він досяг літнього віку, його стан здоров'я погіршився і він унаслідок цього не може виконувати умов спадкового договору. Відчужувач виступає ініціатором розірвання спадкового договору, коли має місце його невиконання з боку набувача, зокрема ненадання догляду й допомоги відчужувачу. При цьому не мають значення причини, з яких набувач не виконував вимоги спадкового договору (стан здоров'я, перебування на військовій службі тощо). Указана норма ЦК України вказує на можливість розірвання спадкового договору лише в судовому порядку, однак це положення не слід розуміти буквально. Якщо і набувач, і відчужувач досягли згоди про розірвання спадкового договору, нотаріус відповідно до ч. 1 ст. 651 ЦК України має право посвідчити договір про розірвання спадкового договору. При цьому заборона відчуження майна, указанного в спадковому договорі, знімається, про що робиться відмітка на первісному правостановлювальному документі відчужувача. Договір про розірвання спадкового договору, оформлений шляхом складання окремого документа, додається до примірника спадкового договору, що міститься в справах нотаріуса або державного нотаріального архіву (п. 48 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України).

§ 4.6 Особливості спадкування обов'язкової частки в спадщині

Відповідно до ст. 1241 ЦК України окреме коло спадкоємців за законом — малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) і непрацездатні батьки — мають право на спадкування частини спадщини, незалежно від змісту заповіту.

При вирішенні питання про здійснення спадкових прав цих осіб нотаріусам слід мати на увазі такі особливості спадкування обов'язкової частки.

1 Право на обов'язкову частку виникає в спадкоємця тоді, коли він не вказаний у заповіті зовсім або йому залишена частка спадщини, менша від належної йому обов'язкової частки.

2 Право на обов'язкову частку не залежить від згоди інших спадкоємців, волі спадкодавця, інших обставин та не пов'язане зі спільним проживанням спадкодавця та осіб, які мають право на обов'язкову частку.

3 Це право належить виключно особам, зазначеним у вичерпний спосіб у ст. 1241 ЦК України, і не може переходити до інших осіб у порядку спадкової трансмісії. Не мають права на обов'язкову частку й спадкоємці, які спадкують цю частку за правом представлення. Коло суб'єктів права на обов'язкову частку розширювальному тлумаченню не підлягає. Слід мати на увазі, що склад необхідних спадкоємців визначається на момент відкриття спадщини, а не на момент посвідчення заповіту, з урахуванням положень ст. 1222 ЦК України.

Із прийняттям нового ЦК України коло осіб, які наділені законом правом на обов'язкову частку в спадщині, істотно змінилося внаслідок вилучення з нього утриманців померлого.

Стаття 1241 ЦК України відносить до осіб, які мають право на обов'язкову частку, непрацездатних осіб — повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця, непрацездатну вдову (вдівця) або непрацездатних батьків.

Викликає певні складнощі визначення поняття «непрацездатність» як ознака певного кола осіб, котрі мають право на обов'язкову частку в спадщині. Чинне законодавство чітко не визначає, яких осіб слід відносити до непрацездатних, контекстуальний аналіз відповідних цивільно-правових норм дає підстави стверджувати, що до непрацездатних повнолітніх осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, відносяться такі категорії осіб:

- 1) особи, які досягли встановленого законом пенсійного віку.

Відповідно до ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 року¹ пенсійний вік становить: для чоловіків — 60 років, для жінок — 55 років;

2) інваліди будь-якої групи інвалідності.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21 березня 1991 року² інвалідом є особа зі стійким розладом функцій організму, зумовленим захворюванням, наслідком травм або з уродженими дефектами, що призводить до обмеження життєдіяльності, до необхідності в соціальній допомозі й захисті. Інвалідність як міра втрати здоров'я визначається шляхом експертного обстеження в органах медико-соціальної експертизи Міністерства охорони здоров'я України (МСЕК). Слід мати на увазі, що датою встановлення інвалідності вважається день надходження до МСЕК документів, необхідних для огляду хворого (п. 30 Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 22 лютого 1992 року³). Підкреслимо, що встановлення інвалідності не завжди означає непрацездатність особи, особливо це стосується осіб, які є інвалідами III групи. При вирішенні питання про закликання до спадкування інвалідів III групи нотаріусу слід перевіряти за відповідними документами, чи є ці особи непрацездатними в розумінні ст. 1241 ЦК України.

4 Спадкування обов'язкової частки є правом, а не обов'язком спадкоємця і реалізується лише в випадку прийняття ним спадщини. Якщо необхідний спадкоємець не прийняв спадщину або відмовився від неї, спадкування здійснюється в загальному порядку. Виняток складають спадкоємці, які проживали разом зі спадкодавцем на момент відкриття спадщини (ч. 2 ст. 1268 ЦК України), оскільки вони вважаються такими, що прийняли спадщину, якщо протягом установленого строку не подали заяву про відмову від неї. Це саме стосується і малолітніх та неповнолітніх осіб (ч. 4 ст. 1268 ЦК України).

У випадку коли необхідному спадкоємцеві за заповітом визначене конкретне майно, яке менше від частки, на яку він має право згідно зі ст. 1241

¹ Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України № 1058-IV від 09.07.2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 49. — Ст. 376.

² Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України № 875-XII від 21.03.1991 // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 21. — С. 252.

³ Про затвердження Положення про медико-соціальну експертизу і Положення про індивідуальну програму реабілітації та адаптації інваліда: постановою Кабінету Міністрів України № 83 від 22.02.1992 // Електронно-інформаційний ресурс «Законодавство України» <http://zakon.rada.gov.ua>.

ЦК України, за його бажанням нотаріус може видати йому свідоцтво про право на спадщину, указавши в ній саме це майно. Так само нотаріус може за бажанням необхідного спадкоємця видати йому свідоцтво про право на спадщину на обов'язкову частку менше від розміру, визначеного ст. 1241 ЦК України.

5 Право на обов'язкову частку в спадщині характеризується тим, що всі суб'єкти цього права наділені ним *рівною мірою*, переваг комусь із необхідних спадкоємців закон не надає.

6 У випадку коли необхідний спадкоємець пропустив строк для прийняття спадщини (ст. 1270 ЦК України), він може на загальних підставах звернутися до суду з вимогою про визначення додаткового строку для її прийняття.

7 Визначаючи розмір обов'язкової частки в спадщині, нотаріусом враховується число всіх спадкоємців першої черги (ст. 1261 ЦК України), які могли б спадкувати, якщо порядок спадкування не був би змінений заповітом. При розрахунку розміру обов'язкової частки до уваги беруться спадкоємці, які подали заяву про відмову від спадщини, а також спадкоємці, які померли до відкриття спадщини, але в яких є спадкоємці за правом представлення (ст. 1266 ЦК України).

8 Обов'язкова частка обчислюється виходячи з вартості всього спадкового майна. У випадку коли заповітом охоплена частина майна, обов'язкова частка обчислюється виходячи з вартості всієї спадщини, але виділяється необхідному спадкоємцю з частини, котру не включено до заповіту, решта спадщини розподіляється між спадкоємцями в рівних частках. Якщо частка, виділена необхідному спадкоємцю, менша від частки, що припадає йому відповідно до закону, обов'язкова частка додатково формується за рахунок спадкового майна, охопленого заповітом.

На практиці склалося два основних підходи до визначення складу обов'язкової частки в спадщині. Перший: формування обов'язкової частки за рахунок спадкового майна, не охопленого заповітом, а за недостатності — за рахунок майна, охопленого заповітом. У такому разі забезпечується дотримання волі спадкоємця, викладеної в заповіті. Однак може скластися ситуація, коли спадкове майно, не охоплене заповітом, не має реальної вартості, а майно, охоплене заповітом, навпаки, має високу реальну вартість, наприклад, вклад спадкодавця в Ощадному банку, зроблений ще за радянських часів, і квартира або інше нерухоме майно. У такому випадку задля забезпечення інтересів необхідного спадкоємця нотаріус може застосувати другий підхід — сформувати обов'язкову частку з усіх видів спадкового майна: як охопленого заповітом, так і не вказаного в ньому.

9 У переважній більшості випадків обов'язкова частка визначається за рахунок майна, спадкові права на яке оформлюються в нотаріальному порядку. Склад цього майна відомий нотаріусу, оскільки на нього видається свідоцтво про право на спадщину (нерухоме майно, транспортні засоби, вклад у банку, інший кредитній установі тощо). Вирішити питання щодо обов'язкової частки з іншої частини спадкового майна необхідний спадкоємець може лише шляхом пред'явлення відповідного позову до суду.

За частиною 2 ст. 1241 ЦК України передбачається зарахування до обов'язкової частки речей звичайної домашньої обстановки й ужитку. З метою визначення переліку цих речей та їх вартості нотаріус за заявою зацікавлених осіб уживає заходів з охорони спадкового майна.

§ 4.7 Особливості спадкування майна нерезидентів

Спадкування майна нерезидентів здійснюється за загальними правилами спадкування, визначеного цивільним законодавством України, однак з урахуванням певних особливостей. До нерезидентів відносяться фізичні особи (іноземні громадяни, громадяни України, особи без громадянства), які не є резидентами України. Резидентський чи нерезидентський статус фізичної особи визначається в залежності від наявності в неї постійного місця проживання в Україні. Для цілей оподаткування цей статус визначається відповідно до вимог п. п. 1.20.1, 1.20.2 п. 1.20 ст. 1 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22 травня 2003 року¹.

В окремих випадках спадкування майна нерезидентів вимагає застосування норм відповідних міжнародних договорів і права іноземних держав. З 1 вересня 2005 року набув чинності Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року², відповідно до ч. 1 ст. 70 якого визначено, що спадкові відносини з іноземним елементом (суб'єкт, об'єкт, підстави виникнення) регулюються правом держави, в якій спадкодавець мав останнє місце проживання. За допомогою права держави останнього місця проживання вирішуються підстави спадкування (за законом, за заповітом, за спадковим договором — якщо такий вид спадкування передбачений правом відповідної держави); порядок відкриття спадщини; склад спадщини; час відкриття спадщини; заповідальний відказ; заповіт з умовою; виконання заповіту; черговість спадкоємців за законом; визначення часток

¹ Про податок з доходів фізичних осіб: Закон України № 889-IV від 22.05.2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 37. — Ст. 308.

² Про міжнародне приватне право: Закон України № 2709-IV від 23.06.2005 // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — С. 1278, ст. 422.

у спадщині; особливості спадкування окремих видів рухомого майна. За правом держави, в якій спадкодавець мав постійне місце проживання в момент складання заповіту або його скасування, вирішуються питання щодо здатності особи скласти заповіт, скасовувати його, форми заповіту та акта його скасування.

Із цього правила існує виключення: у питаннях спадкування нерухомого майна застосовується закон місця знаходження речі. Відповідно до ст. 71 Закону України «Про міжнародне приватне право» спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майна, що підлягає державній реєстрації в Україні (ст. 181 ЦК України) — правом України.

У випадках якщо останнім місцем проживання спадкодавця є **територія іншої держави**, нотаріусом установлюється наявність між Україною та цією державою відповідного міжнародного документа (конвенції, договору, угоди) про правову допомогу. У разі наявності такого договору застосовується загальне правило спадкування майна відповідно до законодавства держави, на території якої спадкодавець мав останнє постійне місце проживання. Винятком з цього правила є спадкування нерухомого майна, за наявності якого право на спадщину на таке майно оформлюється відповідно до законодавства тієї держави, на території якої воно знаходиться (п. 187 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). Тобто в будь-яких випадках оформлення спадщини на нерухоме майно, розташоване на території України, незалежно від того, був спадкодавець резидентом чи нерезидентом, здійснюється за законодавством України. При цьому не виключається можливість заведення кількох спадкових справ: за місцем відкриття спадщини після спадкодавця-нерезидента і за місцезнаходженням нерухомого майна. Видача свідоцтва про право на спадщину в вигляді нерухомого майна, розташованого в Україні, здійснюється за цивільним законодавством України.

При вирішенні питань спадкування з іноземним елементом діють *міжнародні конвенції та двосторонні договори про правову допомогу в цивільних справах*: у межах СНД — *Мінська конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах*, підписана 22 січня 1993 року, ратифікована 10 листопада 1994 року, набула чинності 14 квітня 1995 року, та *Кишинівська конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах*, підписана 7 жовтня 2002 року, Верховною Радою України не ратифікована, однак її норми щодо спадкування повністю дублюють норми спадкування Мінської конвенції; та двосторонні міжнародні

договори про правову допомогу з понад двадцятьма державами (Китай, Польща, Литва, Молдова, Грузія, Естонія, Латвія, Монголія, Узбекистан, В'єтнам, Македонія, Чехія, Туреччина, Угорщина, Греція, Куба, Болгарія, Кіпр, Румунія та ін.).

Ці міжнародні документи мають єдине спрямування та визначають:

- а) принцип рівності громадян у питаннях спадкування;
- б) колізійні норми щодо спадкування рухомого й нерухомого майна, щодо заповіту та його форми, провадження в справах про спадкування;
- в) випадки й порядок переходу спадщини до однієї з держав і порядок спадкування;
- г) компетенцію дипломатичних і консульських установ у справах про спадкування з іноземним елементом;
- д) компетенцію державних установ з охорони спадкового майна чи управління ним та ін.

При застосуванні норм міжнародних конвенцій нотаріусам слід ретельно вивчати їх відповідні норми про спадкування, порядок і строки набуття ними чинності для України.

Крім того, спадкування майна нерезидентів має певні особливості в аспекті оподаткування. Відповідно до пп. 13.2.3 п. 13.2 ст. 13 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» при отриманні спадщини будь-яким спадкоємцем від спадкодавця-нерезидента податок на доходи сплачується в подвійному розмірі, тобто за ставкою тридцять відсотків від об'єкта оподаткування. Оскільки Кабінету Міністрів України надано право визначати правила виконання ст. 13 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», відповідно до постанови Кабінету Міністрів України № 67 від 21 січня 2005 року «Про реалізацію статті 13 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» державні нотаріальні контори зобов'язані подавати відповідним органам державної податкової служби у строки, встановлені законом для податкового кварталу, інформацію щодо виданих свідоцтв про право на спадщину за формою, визначеною Державною податковою адміністрацією (наказ ДПА України № 451 від 29 вересня 2003 «Про затвердження форми податкового розрахунку сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь платників податку, і сум утриманого з них податку (ф. № 1ДФ) та Порядку заповнення та подання податковими агентами податкового розрахунку сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь платників податку, і сум утриманого з них податку», із наступними змінами і доповненнями).

При цьому слід мати на увазі, що в випадках видачі свідоцтв про право на спадщину нотаріуси не виконують функції податкових агентів, оскільки

особами, відповідальними за сплату (перерахування) податку до бюджету, є спадкоємці, які отримали спадщину (п. 13.4 ст. 13 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», лист ДПА України від 10 лютого 2005 року № 1152/6/17-3116, № 2533/7/17-3117).

Доходи, одержані платниками податку в вигляді вартості спадщини в межах, що підлягають оподаткуванню, включаються до складу загального річного оподаткованого доходу такого платника податку з доходів і відображаються ним у річній декларації про майновий стан і доходи.

Практичний посібник

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ
НОТАРІАЛЬНОЇ ПРАКТИКИ**

Підписано до друку — 29.09.2008. Формат 60×90 1/16.

Папір офсетний. Гарнітура Minion Pro.

Друк офсетний. Ум. друк. арк. 6.

Наклад — 5000 прим. Зам. № _____

ФО-П Лисяк Л. С.

*Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного
реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції*

серії ДК № 2334 від 08.11.2005

тел.: 8 (057) 719-91-89

Надруковано в друкарні

ТОВ «Золоті сторінки»

м. Харків, вул. Маршала Бажанова, 28