

УДК 347.961

**Олександр Нелін,**

доктор юридичних наук,

доцент Київського університету туризму, економіки і права

## ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА І ЗАКОНУ В ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ\*

*У статті обґрунтовується авторська позиція стосовно того, що в сучасній системі права України не відведено місця не тільки нотаріальному процесу, а й нотаріальній науці. Враховуючи загальноприйнятту термінологію, можна говорити, що нотаріальне процесуальне право має отримати статус комплексної галузі права.*

**Ключові слова:** нотаріальне право, нотаріальне процесуальне право, нотаріальний процес, цивільне процесуальне право, адміністративне процесуальне право, галузь права, норма права.

У незалежній Україні в системі органів, що здійснюють правозахисну функцію, важливе місце належить саме нотаріату. Його роль, значення, авторитет невпинно зростають із розвитком нашої державності, що зумовлюється новими економічними відносинами та соціально-політичними змінами, які суттєво впливають на процес формування нової правової парадигми. Особливо це стосується підприємницької діяльності, пов'язаної з оформленням і реєстрацією договорів, створенням різних форм власності та угод щодо цієї власності. Це спричинило виникнення великої кількості угод, раніше невідомих вітчизняному законодавству, ускладнило їх посвідчення.

Саме політичні, економічні, юридичні та інші перетворення сприятимуть асоціації з європейською спільнотою та вступу нашої країни до Європейського Союзу. Відтак виникла потреба в детальному подальшому регулюванні нотаріальних дій, підвищенні кваліфікації нотаріусів та їхньої відповідальності — адже саме від якості роботи органів нотаріату залежить правильне функціонування цивільного обороту, ефективність захисту майнових прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб тощо.

У сучасній правовій науці та юридичній практиці недостатньо приділяється уваги нотаріальній науці, науковим прогнозам реалізації Концепції реформування

органів нотаріату в Україні, затвердженої наказом Міністерства юстиції України 24.12.2010 р. № 3290/5, створенню нової парадигми українського права та адаптації національних особливостей, елементів (норм, принципів, інститутів) правової системи України до європейського та міжнародного права. Дотепер нотаріальна діяльність залишається під впливом лише нормативного регламентування, а пошуки науковців стосуються лише окремих її аспектів та проблем.

Пошуки власної дослідницької парадигми дали можливість вітчизняним вченим С. Я. Фурсі, В. В. Комарову, В. В. Баранковій, Л. К. Радзівській, С. Г. Пасічник, Ф. М. Медвідю, В. Ф. Усенку, Я. Ф. Медвідю створити теоретичні основи нотаріального процесу, започаткувати теоретичні основи нотаріальної науки.

Реформа нотаріату та зміна законодавчої бази його діяльності має проводитися узгоджено та в безпосередній співпраці з представниками нотаріальної професії, науковцями, що опікуються питаннями нотаріату, Академією нотаріату України, Українською нотаріальною палатою.

Сьогодні Академія нотаріату України (В. Черниш, В. Степаненко), кафедра нотаріального та конституційного права Київського університету туризму, економіки і права публічно порушити питання про створення нотаріальної науки. Тому метою цієї статті є актуалізація уваги до

\* Рекомендовано до друку кафедрою нотаріального і конституційного права Київського університету туризму, економіки і права.

нотаріальної науки, оскільки у сучасній системі права України не відведено місця не тільки нотаріальному процесу, а й нотаріальній науці. За загальноприйнятою термінологією можна говорити, що нотаріальна наука повинна отримати статус галузі права, якщо розглядати її як комплексну.

Усталеним є твердження, що складовими частинами правової системи є галузі права, кожній із яких відповідає група однорідних суспільних відносин, опосередкованих цією галуззю. Зміст відносин, що підлягають регулюванню, визначає і зміст норм цієї галузі права, правового регулювання прав і обов'язків, які встановлюються цією галуззю права. Галузь права передбачає існування у своєму складі комплексу відносин, пронизаних органічною єдністю та відмінних від інших груп суспільних відносин властивою їм якісною своєрідністю, що дає змогу відокремити зазначений комплекс суспільних відносин у самостійну галузь [1].

Проте, незважаючи на спільність у своїх типових рисах, відносини, які регулюються тією чи іншою галуззю права, не завжди є рівнозначними за обсягом, масштабами та значеннями впливу на суспільне життя, а також є вельми різноманітними за своїм конкретним змістом. Ця різноманітність змісту відносин, які складають предмет регулювання конкретної галузі права, передбачає диференціацію конкретного змісту норм, які складають у своїй сукупності галузь права.

Визначимо, що юридична категорія «галузь права» знаходиться у процесі розроблення чи, скоріше, вдосконалення її змісту. В українській юридичній науці донині не існує спільного визначення поняття «галузь права». Така багатоманітність може лише вітатися, адже це є свідченням поступу і нових знахідок юридичної науки в Україні. Так, Ю. С. Шемшученко визнає галузь права автономною в системі права порівняно із сукупністю правових норм та інститутів, якими регулюються однорідні суспільні відносини. Поділ права на галузі впливає зі специфіки цих відносин та об'єктивної необхідності для них особливого правового режиму.

Галузі права є основними елементами структури права. Як частина цілого кожна галузь права взаємодіє з іншими галузями та системою права в цілому. Головні критерії поділу права на галузі — предмет і метод правового регулювання. За ними у системі вітчизняного права ви-

діляють такі галузі права: а) профільні (фундаментальні); б) інші основні; в) комплексні.

Профільними є державне (конституційне), адміністративне, цивільне та кримінальне право, а також відповідні галузі процесуального права. До інших основних галузей права належать трудове, сімейне, земельне, гірниче, водне, лісове, право соціального захисту тощо. Комплексними галузями права визнаються господарське, аграрне, екологічне, морське право. Особливе місце посідає міжнародне право [2].

На думку О. Ф. Скакун, конституційне право є провідною галуззю права. Вона визначає галузь права як відносно самостійну сукупність юридичних норм, яка регулює якісно однорідну сферу (рід) суспільних відносин специфічним методом правового регулювання. Над конституційним правом, на її думку, є надбудови: адміністративне та цивільне право — дві профільючі галузі, що втілюють у предметі й методі регулювання первинні начала публічного та приватного права відповідно; кримінальне право — профільюча галузь, спрямована на виконання охоронних завдань. Особливою галуззю права є міжнародне право. За субординацією у правовому регулюванні відрізняють матеріальні та процесуальні галузі права [3].

Отже, якщо система права складається з галузей, то самі галузі складаються з підгалузей, інститутів і норм права. Окремими взаємозалежними елементами галузі є інститути права.

Під юридичним інститутом О. А. Підопригора та Д. В. Боброва розуміють групу цивільно-правових норм, що регулюють відповідні однорідні суспільні відносини [4].

У складі деяких великих галузей права виділяють підгалузі, тобто групи правових норм, кожна з яких регулює вузьку, порівняно з предметом регулювання галузі права, сферу суспільних відносин, які поряд із загальними ознаками, об'єднують її з іншими групами суспільних відносин у певну систему, і мають власні характерні риси, що викликають необхідність у її специфічному правовому регулюванні.

Сучасний понятійний апарат системи права України в основному орієнтований на матеріальні галузі права і визначається за такою ієрархією: галузь права, підгалузь, інститут, норма права. Але процесуальні (комплексні) галузі права відрізня-

ються від матеріальних тим аспектом, що вони не можуть розглядатись у контексті лише двох варіантів: правомірна або неправомірна поведінка у певній правовій ситуації, що є характерним для матеріального права, а вони мають простежувати можливі варіанти дій уповноважених державою суб'єктів при вчиненні ними певних юрисдикційних проваджень і враховувати права зацікавлених осіб на кожній стадії.

На думку С. Я. Фурси, яку ми поділяємо, сутність термінологічної проблеми лежить у тому, що реальні дії суб'єктів та процедура при дослідженні їх судом загальної юрисдикції чи спеціалізованим адміністративним судом можуть визначатись як конкретна справа, але ці самі елементи мають складати відповідні об'єкти для дослідження правової науки, а тому мають поодинокі та у сукупності складати окремі зрозумілі, однозначно застосовані поняття, які також мають складатися з відповідних термінів. Так, напрям науки, спрямований на дослідження теорії нотаріального процесу, за сучасною концепцією може визначатись як нотаріальне процесуальне право, нотаріальний процес [5]. Ці терміни без переосмислення буде важко відрізнити від цивільного і адміністративного процесу, що існують у практиці нотаріату України. Тому доцільним буде відокремити наукову та навчальну підгалузь нотаріальної науки і назвати її теорією нотаріального і нотаріально процесуального права. Така назва не буде спиратися на загальновідоме поняття «право», яке має багато варіантів тлумачення і буде докорінно відрізнитися від всіх існуючих термінів.

Нагадаємо, що законодавство про нотаріат регулює суспільні відносини, що виникають між нотаріальними органами та особами, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій. Отже, нотаріальне процесуальне право — це система правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у процесі здійснення нотаріальних дій між нотаріальними органами та особами, які звертаються за вчиненням цих дій. Предметом нотаріального процесуального права і є суспільні відносини, що регулюються цим правом.

Питання про його місце в системі права України є спірним в юридичній літературі. Більшість вітчизняних науковців (Л. К. Радзівська, С. Г. Пасічник) традиційно стверджує, що нотаріальне процесуальне право входить до предмета регулю-

вання цивільного процесуального права і не є самостійною галуззю права України, тому що і суд, і нотаріат здійснюють ту саму функцію захисту прав і законних інтересів [6]. Інші вчені (Ф. М. Медвідь, В. Ф. Усенко, Я. Ф. Медвідь) вважають, що нотаріальне процесуальне право є складовою частиною адміністративного процесуального права, тому що нотаріальні органи є органами державного управління і їхня діяльність має адміністративний характер [7].

Тому можна припустити, що дискусія щодо цієї проблеми будуть тривати без однозначного вирішення, аж до прийняття нотаріального процесуального кодексу, який розгляне поняття нотаріального процесуального права як комплексної галузі права України, питання нотаріального процесу, порядок вчинення окремих нотаріальних дій, а також питання про застосування законодавства інших держав, міжнародних договорів тощо.

Автор поділяє концепцію О. Лавриновича, В. Черниша, В. Степаненка та інших, що нотаріальне процесуальне право є самостійним щодо цивільного процесуального права, оскільки діяльність інституту нотаріату має безспірний характер, під час вчинення нотаріальних дій не використовується змагальна форма процесу, нотаріус встановлює юридичні факти на підставі документів.

Нотаріальний процес — система процесуальних дій, що врегульовані нормами нотаріального процесуального права і визначають порядок вчинення нотаріальних дій. Змістом цих процесуальних дій є взаємні права та обов'язки як нотаріальних органів, так і осіб, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій.

Зазначимо, що нотаріальний процес складається з ряду послідовних стадій. Залежно від виду дії нотаріальне провадження може пройти всі чи деякі стадії процесу. Серед них є обов'язкові.

Перша така стадія — порушення нотаріальної діяльності поданням письмової чи усної заяви. Друга стадія нотаріального процесу — попередня підготовка до вчинення нотаріальної дії, яка не є обов'язковою для кожної нотаріальної дії. Третя обов'язкова стадія нотаріального провадження — розгляд заяви по суті і вчинення нотаріальної дії. Наступна стадія, яка не є обов'язковою, — оскарження нотаріальних дій або відмова у їх вчиненні.

Для деяких нотаріальних дій обов'язковою є стадія виконання нотаріального

акта. Це стосується таких дій: вчинення виконавчих написів, протестів векселів, посвідчення несплати чеків тощо.

Слід підкреслити різницю між цивільним процесом (цивільне судочинство) і нотаріальним процесом та його стадіями. Якщо цивільне судочинство — встановлений процесуальним законом (ЦПК України та іншими нормами цивільного процесуального права) порядок розгляду і вирішення справ із спорів, що виникають з цивільних, трудових, земельних, сімейних та інших правовідносин (ст. 1 ЦПК), то нотаріальний процес — система процесуальних дій, що врегульовані нормами нотаріального процесуального права і визначають порядок вчинення нотаріальних дій, взаємні права та обов'язки як нотаріальних органів, так і осіб, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій. Нормативними джерелами нотаріального процесуального права є Закон України «Про нотаріат»; постанови й розпорядження Кабінету Міністрів України; накази, розпорядження й листи Міністерства юстиції України, постанови Пленуму Верховного Суду України: «Про судову практику у справах спадкування» від 30.05.2008 р. № 7, «Про судову практику в справах за скаргами на нотаріальні дії або відмову в їх вчиненні» від 31.01.1992 р. При вчиненні нотаріальних дій застосовуються і акти місцевих органів влади та управління. На території Автономної Республіки Крим застосовується законодавство цієї територіальної одиниці України.

Питання вчинення нотаріальних дій за кордоном визначаються консульськими конвенціями, міжнародними угодами, Консульським Статутом України та іншими законодавчими актами нашої держави.

Оскільки змістом нотаріальних процесуальних дій є взаємні права та обов'язки як нотаріальних органів, так і осіб, які звертаються за вчиненням цих дій, тому потрібно систематизувати джерела нотаріального права і прийняти нотаріальний процесуальний кодекс.

На нашу думку, нотаріальна наука не може закінчуватися як галузь права окремою правовою нормою, вона дає її тлумачення та роз'яснює порядок її застосування, пропонує варіанти вдосконалення її змісту. Розвиток комплексних галузей права сприяє спеціалізації законодавства, оскільки воно дедалі частіше регулює за суто раціональними ознаками окреме коло правових питань, об'єднує в одному норма-

тивному акті (їх взаємозв'язаній системі) норми різної галузевої належності.

Ми вважаємо, що нотаріальне-процесуальне право належить до числа комплексних галузей права, які об'єднують у собі норми різної галузевої належності, як матеріально-правові, так і організаційні та процесуально-правові. Воно сформувалося як комплексна галузь з відокремленим предметом регулювання і системою правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у сфері взаємодії різних галузей права у зв'язку з необхідністю регулювання нотаріальної діяльності та у процесі здійснення нотаріальних дій між нотаріальними органами та особами, які звертаються за вчиненням цих дій.

Нотаріальне процесуальне право має об'єктивний характер, оскільки відображає реально існуючу систему суспільних відносин у сфері правової діяльності органів нотаріату, характер і специфіку сукупності волевиявлення їх учасників. Воно об'єктивується, на відміну від системи нотаріального законодавства, не лише в нормативно-правових актах, а й в етичних нормах (наприклад, Професійний кодекс нотаріусів України), нотаріальних актах, судових актах тощо. Аргументувати доцільність наукового аналізу нотаріального процесуального права як комплексної галузі права, яка базується на діалектичній єдності права і закону, внутрішній і зовнішній формах вираження системи права, дозволяє і наявність об'єктивно відокремлених усередині системи українського права сукупності взаємозв'язаних між собою норм, об'єднаних спільністю об'єкта галузевого правового регулювання. Вони мають самостійний характер уже на конституційному рівні.

*Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можна зробити такі висновки:*

— *нотаріальне процесуальне право належить до числа комплексних галузей права, які об'єднують у собі норми різної галузевої належності, як матеріально-правові, так і організаційні та процесуально-правові. Воно сформувалося як комплексна галузь із відокремленим предметом регулювання і системою правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у сфері взаємодії різних галузей права у зв'язку з необхідністю регулювання нотаріальної діяльності та у процесі здійснення нотаріальних дій між нотаріальними органами та особами, які звертаються за вчиненням цих дій;*

— нотаріальне процесуальне право є самостійним щодо цивільного процесуального права, оскільки діяльність інституту нотаріату має безспірний характер, під час вчинення нотаріальних дій не використовується змагальна форма процесу, нотаріус встановлює юридичні факти на підставі документів;

— нотаріальний процес — це сукупність дій суб'єктів та правовідносин між ними, які зумовлені вчиненням нотаріальних повноважень та врегульовуються нотаріальною процедурою;

— виходячи із структури Закону України «Про нотаріат» та проекту змін до нього, в яких мають місце норми, що регламентують організаційну структуру нотаріальних органів та процедуру вчинення нотаріальних дій, пропонується їх си-

стематизувати у Нотаріальному кодексі, а не в Законі;

— отримання нотаріальною наукою статусу галузі права стимулює розвиток та удосконалення галузі нотаріального законодавства і, відповідно, підвищить його роль у процесі забезпечення прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина;

— дана позиція буде сприяти розвитку міжнародного права і формуванню галузі міжнародного нотаріального права, тому що нотаріальне законодавство апріорі формалізоване, залежить від національних особливостей правової системи, специфіки правового регулювання, статусу нотаріуса тощо. Система нотаріального права врегульована нотаріальними актами, більш пристосована до розвитку міжнародних нотаріальних контрактів, прийнятніша до міжнародних угод у сфері нотаріальної діяльності.

#### ПРИМІТКИ

1. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. — М. : НОРМА, 2001. — С. 65.

2. Шемшученко Ю. С. Галузь права / Ю. С. Шемшученко // Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 1. : А—Г. — С. 549.

3. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун. — Х. : Консум, 2006. — С. 245—247.

4. Загальна теорія цивільного права : підручник / за ред. О. А. Підпригори і Д. В. Бобрової. — К. : Вища школа, 1992. — С. 13.

5. Фурса С. Я. Нотаріальний процес. Теоретичні основи : монографія / С. Я. Фурса. — К. : Істина, 2002. — 319 с.

6. Радзівська Л. К. Нотаріат в Україні : навч. посіб. / Л. К. Радзівська, С. Г. Пасічник ; за відп. ред. Л. К. Радзівської. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — С. 14.

7. Медвідь Ф. М. Нотаріальний процес в Україні : навч. посіб. / Ф. М. Медвідь, В. Ф. Усенко, Я. Ф. Медвідь ; за ред. Ф. М. Медвідя. — К. : Атіка, 2006. — С. 9.

**Нелин Александр. Теоретические и практические аспекты соотношения права и закона в деятельности нотариата в Украине.**

В статье обоснована авторская позиция касательно того, что в современной системе права Украины не отведено места не только нотариальному процессу, но и нотариальной науке. Учитывая общепринятую терминологию, можно утверждать, что нотариальное процессуальное право должно получить статус комплексной отрасли права.

**Ключевые слова:** нотариальное право, нотариальное процессуальное право, нотариальный процесс, гражданское процессуальное право, административное процессуальное право, отрасль права, норма права.

**Nelin Alexander. Theoretical and practical aspects of correlation between legislation and law in notary activities in Ukraine.**

The article presents the author's standpoint regarding the fact that the modern legal system of Ukraine does not provide any space not only for notary procedures but for the notary science as well. In accordance with common terminology it may be said that the notary science should receive the status of a branch of law, if it is considered as a complex one.

**Key words:** notary law, notary procedural law, notary procedures, administrative procedural law, a branch of law.