

Міністерство освіти і науки України
Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника
Юридичний інститут

Збірник наукових статей

**Актуальні проблеми
вдосконалення чинного
законодавства України**

Випуск XXV

Івано-Франківськ, 2011

До питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату

УДК 347.961.1

Правова регламентація нотаріальної діяльності повинна регулювати організацію нотаріату та нотаріальну діяльність як цілісну систему, що включає наступні елементи:

1. ціль діяльності (для чого вона створена);
2. зміст роботи нотаріату як структури;
3. сама по собі структура нотаріату;
4. методи, прийоми нотаріальних дій;
5. нотаріус;
6. учасники нотаріального провадження;
7. форми нотаріальної діяльності.

Нотаріат є неодмінною складовою частиною будь-якої правової системи [1, с. 8] і тому аналіз питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату вимагає, у першу чергу, аналізу його місця в правовій системі України. Актуальність такого підходу обумовлюється також тим, що український нотаріат являє собою нотаріат латинського типу, що визначається приналежністю української правової системи до континентальної системи права. Англосаксонська правова система регламентує абсолютно іншу організацію діяльності нотаріату.

Поряд з устояними категоріями економічної, політичної, соціальної систем категорія правова система після прийняття Конституції України 1996 року знайшла нове наповнення. Вона поєднує всі елементи правової дійсності в рамках конкретної держави і дозволяє побачити зв'язок між ними, ступінь їхньої розробленості й ефективності впливу на суспільні відносини [2, с. 91-92].

Питання про місце нотаріату в правовій системі сучасної Української держави є багато в чому дискусійним. Слід визнати, що у вітчизняній доктрині дотепер не вироблено єдиного підходу до даної проблеми, що відповідав би поточним цілям і задачам, що стоять перед нашою країною, відображав би реальну політичну й економічну ситуацію. У цих умовах особливого значення набуває багатий досвід, накопичений у даній області у зарубіжних країнах. Вироблення підходів до цієї проблеми, які відповідають міжнародним стандартам, особливо важливі в сучасних умовах проведення реформ державного управління. Питання про юридичну природу нотаріату, ступеня його автономності, про форми і методи контролю з боку держави дуже важливі для адекватного розуміння проблеми його соціально-правового статусу.

Відповідно до ст. 2 Закону України "Про нотаріат" "Правовою основою діяльності нотаріату є Конституція України, цей Закон, інші законодавчі акти України".[3] Вказаний у нормі перелік чітко визначає правові основи організації і діяльності нотаріату в Україні.

Ще з прийняттям "Положення про державний нотаріат" України від 20 квітня 1923 р. [4, с. 419-428] було чітко визначено місце нотаріату у правовій системі держави

– він був віднесений до органів юстиції. Це положення збереглося і по сей день – нотаріат належить до органів юстиції, про що свідчать чисельні правові документи, що визначають основи правової регламентації його діяльності, систему підпорядкування та т. ін.

Конституція України (ст. 92 п. 14) визначає, що правова регламентація засад нотаріату здійснюється виключно Законами України.

Відповідно до цього, було прийнято Закон "Про нотаріат" до якого, у подальшому, також шляхом прийняття Законів, вносились відповідні зміни та доповнення.

Як відзначалося вище, регламентація діяльності нотаріату перебуває у винятковій компетенції Верховної Ради України. Саме ним прийнятий діючий фундаментальний нормативний акт, що регламентує правові основи організації нотаріату і його діяльності.

Динаміка економічного й політичного розвитку українського суспільства обумовила динаміку розвитку його правової системи й у тому числі тої його частини, що регламентує предмет даного дослідження.

Основою правової регламентації організації і діяльності нотаріату є Закон "Про нотаріат" який був прийнятий 02 вересня 1993 року, та істотно змінений Законом України від 01 жовтня 2008 року (далі - Закон).

Аналіз структури і змісту Закону свідчить, що він фактично поділений на дві основні частини **Загальну** й **Особливу**.

Загальна частина, що включає в себе перший і другий розділи Закону, поєднує норми *матеріального права*, що регулюють *основи організації нотаріату й загальні повноваження нотаріусів*.

Особлива частина – складається із третього й четвертого розділів і поєднує *норми, що регулюють нотаріальний процес*

У такий спосіб сама структура основного нормативного акту, що визначає основи організації й діяльності нотаріату підтверджує зроблений вище висновок про самостійність нотаріального права як комплексної підгалузі системи права, частина якої є підгалуззю конституційного (Загальна), а частина цивільно-процесуального права (Особлива).

У такий спосіб ми маємо справу зі сформованою підгалуззю права – нотаріальним правом, що може бути визначена як: *підгалузь системи українського права, що регулює суспільні відносини в сфері організації органів нотаріату й визначенні процесуальних основ його діяльності*.

Оцінюючи Закон "Про нотаріат" варто зробити деякі критичні зауваження, пов'язані, в основному, з порушенням загальноприйнятих правил юридичної техніки, допущені в процесі його розробки й прийняття.

Перше стосується відсутності чіткого розподілу на частині Загальну й Особливу, що наочно впливає з аналізу структури Закону й значимості змісту норм.

При існуючому підході фактично відбувається як змішування норм різних підгалузей права (що зазначалось вище), так і порушення внутрішньої логічної структури Закону.

Друге, по суті, впливає з першого, і належить до наскрізної нумерації глав Закону. Якби законодавець *de jure* поділив закон на дві частини (як це є *de facto*), то нумерацію глав слід було здійснювати усередині кожної із частин, як це зроблено, наприклад, у КК України. Це підкреслило би внутрішній зміст закону як комплексного нормативного акту, що регулює основи організації й діяльності певної системи, якою, без сумніву, є нотаріат. Фактично при такій побудові можна було б перейти й до рішення наступного питання - створення Нотаріального кодексу.

Одночасно із Законом правові основи діяльності нотаріату визначаються Інструкцією "Про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України", яка затверджена Наказом Міністерства юстиції України 03.03.2004 р. № 20/5 [5].

Оцінка даної Інструкції з позицій її нормативної сили в контексті конституційних основ регулювання діяльності нотаріату, різко негативна, оскільки її існування фактично суперечить Конституції України, яка закріплює винятковий порядок регламентації діяльності нотаріату за допомогою Закону. Разом з тим, як показали результати проведеного дослідження, 98% всіх опитаних нотаріусів саме Інструкцію вважають основним документом, що регламентує діяльність досліджуваного інституту. І це частково зрозуміло, оскільки Інструкція більш детально ніж Закон визначає, у першу чергу, нотаріальну процедуру, нотаріальний процес.

Порівняльний аналіз змісту Інструкції й Закону дає всі підстави говорити про: по перше, суттєве нічим не виправдане дублювання Інструкцією основних положень Закону, а по-друге – вихід останньої за межі наданих таким актам повноважень (хоча Інструкція деталізуючи в багатьох питаннях нотаріальний процес здійснює це "во благо", що є у цілому, корисним). Але при цьому відбувається прийняття Інструкцією на себе нею невластивих даному нормативному акту повноважень. Як приклад першого можна привести хоча б наступний факт. Закон у Розділі III Главі 4 присвячений загальним правилам здійснення нотаріальних дій, закріплює їх в 12 статтях (ст.ст. 41-53). Інструкція ж розглядає ці ж питання в Главі II і здійснює це у 24 статтях (ст.ст. 10-34). При цьому ряд положень Інструкції просто дублюють Закон. Зрівняємо, наприклад, ст.41 Закону закріплює, що "Нотаріальні дії можуть вчинятися будь-яким нотаріусом чи посадовою особою органів місцевого самоврядування, за винятком випадків, передбачених статтями 9, 55, 60, 65, 66, 70-73, 85, 93 і 103 цього Закону, та інших випадків, передбачених законодавством України". Стаття 10 Інструкції також установлює, що "Нотаріальні дії можуть вчинятися будь-яким нотаріусом на всій території України, за винятком обмежень у праві вчинення нотаріальних дій, установлених Законом України "Про нотаріат" та іншими актами законодавства України" [6].

Одночасно між Законом і Інструкцією існують суттєві суперечності, які, загалом, приводять до висновку про певну незаконність останньої.

Так, наприклад, і Закон (ст. 34) і Інструкція (Глава I ст. 2) однаково визначають перелік нотаріальних дій, здійснюваних нотаріусами. При цьому, як відзначалося вище, Закон у Розділі III главах 5-17 визначає конкретний порядок (правила) здійснення лише 12 з них, тоді як Інструкція робить це більш повно, визначаючи порядок здійснення всіх без винятку видів нотаріальних дій, якихось усього налічується 22 виду. У такий спосіб фіксується фактично, нічим не визначена й логічно не з'ясовна нерівність, яка об'єктивно приводить до питань: "Чому Закон, зобов'язаний регламентувати діяльність нотаріату в повному обсязі не робить цього? Чим визначається існуюча вибірковість Закону щодо регламентації нотаріальних дій? При наявності регламентації Законом певного кола нотаріальних дій, чи є законної регламентація Інструкцією тих з них, які не потрапили в регламентацію Законом? І, нарешті, чи є взагалі регламентація діяльності нотаріуса не Законом, а Інструкцією такою, що відповідає Конституції України?". При всім притім варто акцентувати й той факт, що Закон (у новій редакції) був прийнятий після прийняття Інструкції й міг врахувати існуюче протиріччя, але не зробив цього.

Представляється, що Інструкція виходить за рамки Конституції України, приймаючи на себе не властиві їй функції фактичного регулювання нотаріальної діяльності.

Одночасно Інструкція у своїх главах деталізує порядок здійснення певних нотаріальних дій при цьому здійснює це надзвичайно детально. Так, якщо Закон називає як узагальнене поняття "Посвідчення правочинів" і закріплює загальні правила їх здійснення, то Інструкція підрозділяє їх на види й розглядає в 16 главах стосовно до особливостей предмету правочину, і робить це надзвичайно детально. Одночасно з тим, Інструкція закріплює порядок здійснення нотаріусами і дій які взагалі не передбачені законом і не перераховані у відповідній статті самої Інструкції, але визначені іншими Законами України. Прикладом тому може бути регламентація в Главі 26 Інструкції порядку накладення нотаріусом заборони відчуження нерухомого та рухомого майна та ін.

Таким чином, наочно видно, що в реальних умовах відбулося грубе порушення Конституційного положення про порядок регулювання нотаріальної діяльності винятково Законом України. При цьому варто підкреслити, що конституційний порядок регулювання представляється абсолютно правильним. Ідентичним образом відбувається регулювання судової діяльності, професійної діяльності в сфері цивільної, адміністративної й карної юстиції й т.п.

Яким же представляється оптимальний вихід з положення, що створилося? Він один і досить простий. Необхідно кардинальним образом змінити підхід до структури законодавства про нотаріат. Закон про нотаріат повинен складатися із двох частин - Загальної, у якій закріплені основи організації діяльності органів нотаріату в Україні (поняття, структура, принципи діяльності, порядок заміщення посади нотаріуса й т.п., а також основні правила вчинення нотаріальних дій), і Особливий, визначальний порядок вчинення нотаріусом окремих видів нотаріальних дій. При цьому Особлива частина повинна структурно повністю відповідати нормі Загальної частини, що визначає види нотаріальних дій.

Внесена пропозиція не означає повної ліквідації Інструкції як документа що визначає діяльність нотаріуса. Як така вона може й повинна бути збережена. Однак її насичення повинне бути докорінно змінено. Інструкція повинна містити в собі визначати *технічні питання нотаріальної діяльності, до яких ставляться правила нотаріально діловодства*. При цьому в єдиний документ повинні бути об'єднані існуючі сьогодні окремо - Порядок ведення та заповнення реєстрів для реєстрації нотаріальних дій, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 15.07.2003 № 87/5 [7], Правила ведення нотаріального діловодства затверджені наказом Міністерства юстиції України від 31.12.2008 № 2368/5 [8] та інші документи такого роду, які стосуються нотаріального діловодства.

В Інструкції повинні знайти місце усі питання, які стосуються технічних питань організації діяльності нотаріусів.

Саме такого роду питання повинні визначитися Інструкцією яка не повинна підмінювати собою Закон, як це має місце сьогодні.

1. Полтавская И. А. Нотариат: Курс лекций - М.: Омега -Л, 2004.
2. Автономов А. С. Правовая онтология политики: к построению системы категорий. М., 1999. – С. 91-92.
3. Конституція України. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>
4. Збір законів і розпоряджень Робіт. Сел. Уряду України. – 1923 - №13. – арт. 232. – С. 419-428.
5. Інструкція "Про порядок вчинення нотаріальних дій". Електронний ресурс: [Режим доступу] <http://zakon.rada.gov.ua/>

6. Існуючі текстуальні розбіжності пояснюються тим, що Закон у новій редакції було прийнятий пізніше Інструкції.
7. Порядок ведення та заповнення реєстрів для реєстрації нотаріальних дій. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>
8. Правила ведення нотаріального діловодства/Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>

Фріс І. П. До питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату.

У статті розглядаються питання правового забезпечення організації і діяльності нотаріату в Україні. Ставиться питання про приведення існуючої нормативної бази у цьому питанні у відповідність до положень Конституції України.

Ключові слова: нотаріат, Конституція, Закон “Про нотаріат”, Інструкція

Фріс И. П. К вопросу о правовой регламентации и деятельности нотариата

В статье рассматриваются вопросы правового обеспечения организации и деятельности нотариата в Украине. Ставится вопрос о приведении существующей нормативной базы в этом вопросе в соответствие с положениями Конституции Украины.

Ключевые слова: нотариат, Конституция, Закон “О нотариате”, Инструкция.

Fris I.P. To The Question Of Legal Regulation And Organization Of Notaries

The questions of legal organization and functioning of notaries in Ukraine are outlined in the article. It is pointed the question of bringing the existing regulatory framework in this matter in line with the Constitution of Ukraine.

Keywords: notary, the Constitution, the Law on Notaries, Tutorial.