

# Дух та буква сучасного українського нотаріату

## Частина 1. Чому Ахілл не може наздогнати черепаху?



**В. М. Черниш**

кандидат юридичних наук, завідувач кафедри конституційного та нотаріального права КУТЕП, президент Академії нотаріату України, приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу



**І. П. Лихолат**

кандидат юридичних наук, член Академії нотаріату України, приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу

**Р**озвиток сучасного нотаріату України дещо нагадує вічне протистояння Ахілла та черепахи, персонажів однієї з апорій (парадоксів) Зенона Елейського. В якості Ахілла – законодавча база із возом підзаконних актів, які складають базис нотаріату як системи пізнання, діяльності та оцінок органів та посадових осіб, в якості черепахи – реальні суспільні відносини, суб'єктами яких виступають пересічні громадяни, юридичні особи тощо, які має врегулювати нотаріат. Звернемося до змісту цієї апорії. Ахілл змагається з черепахою, яка рухається набагато повільніше, але в момент старту знаходиться попереду на деякій відстані. За той час, за який Ахілл долає половину вихідної відстані, що розділяє його й черепаху в момент старту, черепаху, звісно, пересувається на деяку відстань уперед. Через прийняту гіпотезу безкінечної подільності (неперервності) простору й часу ситуація точно відтворює безкінечну кількість разів: поки Ахілл пробігає половину нової відстані, що розділяє його й черепаху, все ж черепаху, хоча й не набагато, відповзає вперед. Тобто на початку руху їх розділяє відстань  $a$ , і Ахілл біжить у  $x$  разів швидше за черепаху. Доки Ахілл пробіжить цей проміжок довжиною  $a$ , черепаху встигне відповзти від нього на відстань  $a/x$ , коли Ахілл пробіжить і цей проміжок  $a/k$ , черепаху відповзе на відстань  $a/x^2$ , і так до безкінечності. Таким чином, Ахілл ніколи не зможе наздогнати черепаху, бо між ними завжди буде деяка відстань. Навіть сучасна філософія, логіка та математика не надали поки що впевненого спростування цього парадоксу!

Чому ж складний механізм правового регулювання, в арсеналі якого законодавчі та підзаконні акти, акти офіційного тлумачення, акти реалізації права, правозастосовчі акти тощо, мов той Ахілл,

не завжди встигає за реальними потребами суспільства в сфері засвідчення прав та фактів з метою надання їм юридичної достовірності, посвідчення правочинів, в сфері оформлення спадкових прав? При цьому докоряти, що рух у напрямі вдосконалення нотаріату не здійснюється, не можна. Навпаки, іноді складається таке враження, що нотаріус має бути вічним студентом задля вивчення, засвоєння та застосування мінливої та примхливої волі законотворця та авторів підзаконних актів. Так, наприклад, усього за два роки чинності Наказу Міністерства юстиції України від 31 грудня 2008 р. «Про затвердження Правил ведення нотаріального діловодства» до нього встигли внести істотні зміни Наказом Міністерства юстиції України від 16 листопада 2009 р. «Про затвердження Змін до Правил ведення нотаріального діловодства». Але з 1 січня 2011 року вступили в силу нові правила ведення нотаріального діловодства, введені Наказом Міністерства юстиції України від 22 грудня 2010 р. (слід зазначити, що до 1 січня 2009 р. діяв майже 15 років (!) Наказ Міністра юстиції України від 3 лютого 1994 р. «Про затвердження Правил ведення нотаріального діловодства»). При цьому кожен нотаріус може назвати як мінімум два десятки болючих та дуже болючих проблем, які потребували та потребують і досі свого вирішення. А якщо згадати про численні зміни, внесені до законодавчих актів, наприклад, до Земельного кодексу України, то зрозуміло, що робочий день нотаріуса не може починатися з іншого, окрім як з вивчення новел законодавства.

Проте відзначимо, що, безумовно, багато кроків зроблено на користь побудови й ефективного функціонування нотаріату як цілісної системи, так і конкретного «споживача» – пересічного громадянина України. На наш погляд, сьогодні

найбільш вагомий внесок до розбудови сучасної системи нотаріату є прийняття Закону України «Про нотаріат» в редакції 1993 р., який запровадив систему приватного нотаріату. Важливість тієї новели важко переоцінити: можна собі тільки уявити, на яке б «задоволення» перетворилося вчинення будь-якої, навіть найдрібнішої нотаріальної дії в умовах бурхливого розвитку цивільних, господарських, сімейних, корпоративних, іпотечних відносин, відносин у сфері нерухомості, який почався наприкінці 90-х, в умовах існування пострадянської системи державного нотаріату! Якби черги стояли навіть не біля кабінетів державних нотаріусів (до речі, як не було у державного нотаріуса окремого кабінету, який передбачений чинним законодавством України, так, здебільшого, немає і досі), а вже безпосередньо під стінами будівлі нотаріальної контори! За минулі майже вісімнадцять років вдалося побудувати принципово іншу систему нотаріату в Україні, яка, у свою чергу, сприяла інтенсифікації ділової активності в усіх сферах суспільного життя.

Обов'язково слід зазначити і величезну роль, яку відіграли для розвитку нотаріату запровадження в обіг спеціальних бланків нотаріальних документів. Сьогодні діє міцна та надійна система захисту від можливих шахрайських дій – системи Єдиних реєстрів та Державних реєстрів. Її становлять: Єдиний реєстр спеціальних бланків нотаріальних документів, Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, Державний реєстр іпотек, Державний реєстр правочинів, Державний реєстр обтяжень рухомого майна, Спадковий реєстр, Єдиний реєстр довіреностей. Беззаперечно, запровадження таких технологій у нотаріаті, по-перше, зробило вчинення кожної нотаріальної дії більш безпечною, а осіб, які звертаються до нотаріуса за вчинен-

ням нотаріальної дії, більш захищеними. По-друге, запровадження цих та інших захисних систем однозначно вивели нотаріат як правовий механізм на якісний новий рівень.

Неможливо також не згадати про створення Української нотаріальної палати (далі – УНП), завданням якої є: підвищення ролі нотаріату в умовах формування в Україні ринкових відносин, престижу професії нотаріуса, створення умов для активної діяльності членів нотаріальної палати на основі єдності їх професійних інтересів; сприяння вдосконаленню діяльності нотаріусів – членів УНП по правовому обслуговуванню громадян, підприємств і організацій; надання членам УНП методичної та інформаційної допомоги; забезпечення захисту законних соціальних інтересів членів палати, реалізації їхніх прав; сприяння у захисті інтересів громадян та організацій при заподіянні їм шкоди з вини нотаріуса; сприяння розвитку міжнародних зв'язків з метою зміцнення наукових і професійних контактів членів нотаріальної палати, обміну досвідом, співробітництва з міжнародними організаціями нотаріату; кафедри нотаріального та конституційного права при Київському університеті туризму, економіки та права, Академії нотаріату України.

Отже, проблемам нотаріату приділяється багато уваги, здійснюються конкретні кроки з їх вирішення, вони обговорюються на круглих столах, в межах науково-практичних семінарів та конференцій, на сторінках спеціалізованих видань тощо. Однак, не дивлячись на кількість змін у нотаріаті, які сталися останніми роками, проблем не меншає.

Приватному нотаріату виповнюється 18 років, і для нього зараз суттєвого значення набуває т. зв. презумпція ідентичності, яку член-кореспондент Російської академії наук С.Алексеев вважає

визначальною для юридичної професії, її становлення на цивілізаційний шлях, де проблеми, які виникають в її розвитку, вирішуються за допомогою науково-правових підходів. Отже, нотаріат України сьогодні – це зовсім інша система, ніж 18 років тому, з проблемами зовсім іншого рівня та потребами у справжньому науковому підході, який набагато ширший, ніж підхід суто інструментальний. Тому не дивно, що саме правилам діловодства приділяється стільки уваги! При цьому суттєвих прогалин та принципових суперечностей між Законом України «Про нотаріат», Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України та Цивільним кодексом України, Сімейним кодексом України, Земельним кодексом України, Господарським кодексом України та багатьма іншими актами законодавства сила-силенна. Причому окремі норми самої Інструкції суперечать Законаві України «Про нотаріат».

Проблемам теорії та практики нотаріату присвячується багато наукових статей, вже видана низка монографій, але ґрунтовних досліджень природи нотаріату, предмета і методу, його функцій, місця у правовій системі на сьогодні немає. Зараз український нотаріат поки що залишається на рівні механічного дотримання букви закону та підзаконних актів, а наукова думка, як правило, не йде далі їх тлумачення. Специфіка нотаріальної діяльності полягає у тому, що нотаріус під час виконання своїх обов'язків має не дуже багато простору для творчості. Так, наприклад, нотаріус не має права самостійно обирати коло дій, з якими він бажає працювати, він не може безпідставно відмовити у вчиненні нотаріальної дії, він не має права вчинити нотаріальну дію у відповідності з принципами справедливості та законності, але всупереч, наприклад, підзаконному акту. Тому інструкції, правила та роз'яснення, а іно-

ді навіть і усні директиви мають для нотаріуса переважне значення. Саме цей факт детермінує те, що нотаріуси у своїй діяльності більше керуються Інструкцією, ніж Конституцією. І причина – не низька кваліфікація нотаріусів, а передусім інстинкт самозбереження себе в цій професії.

Нотаріат, як невід'ємна частина правової системи, тісно пов'язана з усіма галузями права, правовими інститутами. А правова система співіснує з іншими соціальними системами. Звідси – численні взаємодії та взаємовпливи. Так, ще у 18 ст. Шарль-Луї Монтеск'є у своєму філософському трактаті «Про дух законів» сформулював, що у взаємозв'язку різних видів навколишнього соціального і природного середовища і полягає дух законів. Тому для написання законів необхідне дослідження взаємозв'язку між конкретним середовищем і відповідним йому формулюванням закону. Цю думку розвинув один з фундаторів порівняльного правознавства Ернст Рабель на початку 20-х рр. XX ст. Він писав, що матеріалом для наукового ідеалу, роздуму над проблемою повинні служити право всіх країн світу, минуле і сучасне, зв'язок права з землею, кліматом, расою, історичною долею народів, їх війнами, революціями, творенням держави тощо. Саме тому, на наш погляд, нотаріат, професійний зміст якого залишається незмінним віками і, безперечно, залишається таким надалі, оскільки відповідає потребам людей, що існували у всі часи, необхідно розглядати не в площині галузевого, не в площині букви закону, а в ширшому контексті – в площині того, що існує над буквою закону – духу закону.

На сучасному етапі «дух закону» – це врахування правових принципів і аксіом, тенденцій світового розвитку та найкращих стандартів світової практики, але й особливостей національної культури

і власних традицій. Так, наприклад, завдяки нашій «європейськості» в Україні укладається досить мало шлюбних договорів, хоча їх користь у врегулюванні майнових відносин подружжя важко переоцінити. Суперечок, судової тяганини цілком можливо уникати шляхом укладання відповідних договорів. Ми, звичайно не маємо даних суворих статистичних досліджень, але можна зробити припущення, що багато молодят та подружніх пар в Україні відмовляються укласти між собою шлюбний договір саме через низку психологічних причин. І одна з них – саме назва «шлюбний договір», яка несе вже в собі певний негатив в уяві певної частини суспільства. Адже чомусь досить розповсюджена думка про те, що шлюбний договір має обов'язково принижувати майнові інтереси та гідність одного з подружжя. Іноді вдається розтлумачити подружжю, що укладання такого договору – це не ознака відсутності кохання та довіри між подружжям. Предмет такого договору – зміна правового режиму майна зі спільного сумісного на той режим, який влаштовує обох з подружжя, і укладання такого договору здатне у майбутньому позбавити їх багатьох проблем, навіть у випадку розлучення. Складніше за все довести до свідомості громадян, що назва «шлюбний договір» – це оболонка, форма, яку можливо наповнити тим змістом, який їм потрібний, звісно, в межах чинного законодавства. При цьому зміна назви договору, можливо, призвела б до кращого ставлення до нього.

В умовах сучасного законодавства дотримуватися загальноправових принципів особами, які застосовують це законодавство, наприклад нотаріусами, теж виявляється, завдання не з простих. Саме через некоректне написання норми закону нотаріусу нерідко випадає завдання робити не дуже простий вибір між до-

триманням букви або духу закону. Приміром, 8 лютого 2011 р. набрали чинності зміни до ст. 61 Сімейного кодексу України, які були доповнені такою новелою: об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, в тому числі приватизації. Слід зазначити, що ці зміни не були узгоджені з нормами інших законодавчих актів – Конституції України, Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», Земельного кодексу України, Закону України «Про громадянство», як, до речі, вони не узгоджені і донині. Попри те, що кожному юристу ще з курсу теорії права добре відомо, що закони не можуть мати зворотної дії у часі, тобто не можуть розповсюджуватися зміни на правовідносини, які виникли до їх прийняття, нотаріальна практика йде іншим шляхом. При посвідченні правочину про перехід права власності нотаріуси вимагають згоду подружжя титульного власника такого майна в якості співвласника навіть у тих випадках, коли право власності на таке майно набуто задовго до прийняття славнозвісних змін! З висот докторських кабінетів науковців нотаріусам можна винести догану за таке нехтування правовими принципами, але зауважимо ще раз: це робиться швидше з інстинкту самозбереження та від небажання втягуватися у судову тяганину.

У галузі нотаріату для здійснення відходу від буквального прочитання законів безумовно важливі узгодженість та несуперечливість чинного законодавства. Але не менш важливим є ставлення нотаріусів до своєї професії – повага до букви закону із врахуванням його духу.

Одна дуже талановита наша колега, яка однією з перших в Україні зацікавилася розробками у галузі психології нотаріату, розповіла, що коли її запросили прочитати лекцію на тему «Психологія нотаріальної діяльності», нотаріуси її доповідь перервали словами: «Ви нам краще розкажіть, де ставити печатки». В жодному разі не закликаємо колег до того, щоб не думати над питанням, де ставити печатки, але найголовніше слід замислитися над тим, «навіщо» та «для чого» їх ставити; під яким саме документом, ви, пані та панове нотаріуси, ставите свій підпис та свою печатку. Безумовно, діяльність нотаріуса – це та сфера, де дрібниць немає! Проте в сучасному нотаріаті буква закону (і це ще добре, якщо Закону, а не підзаконного акта!) однозначно преважує над духом права.

Отже, філософсько-правова дилема букви та духу закону не абстрактна або штучно вигадана проблема сучасної нотаріальної практики. Складний процес правового регулювання, який починається зі створення закону, включаючи його реалізацію та охорону, насправді детермінований багатьма чинниками соціального, економічного, ментального характеру. Тому законодавство, яке побудоване, а тим більше реалізується виключно за «буквою», приречене потерпати від суперечностей, прогалин та інших негараздів. Неможливо створити, реалізувати та охороняти ідеальний закон, спираючись лише на вимоги інших законів, так само створених задля певних утилітарних цілей. Причому немає значення, яких саме цілей – це може бути і пролетарська доцільність, і інтереси держави, і користь певних заможних груп громадян. Нормативний акт має бути не тільки бездоганим виключно з точки зору відповідності іншому закону, а й з точки зору відповідності духу закону, праву. Але текст закону, напи-

саний без врахування цілісної ідеї, так само, як і нотаріальний акт, який реалізує такий закон, є, врешті-решт, правовими трупами. Саме правовими, оскільки з формального – процедурного боку, такий законодавчий акт та нотаріальний акт є цілком «легальними».

Пошук шляхів подолання вузькопозитивістського підходу до прочитання законодавства у галузі нотаріату можна вести тільки в напрямі дослідження змісту феномену нотаріату, його сутності та поняття, підвалин та місця в системі права, його цінностей та функцій, ролі у врегулюванні суспільних відносин. Дуже важливими стануть також дослідження механізмів впливу психологічних та соціологічних закономірностей в процесі нотаріальної діяльності; ~~подвійної~~ природи нотаріальної діяльності; <sup>9</sup> попереджувальної, медіативної та прогностичної функції нотаріату тощо. Тобто дослідження того кола питань, які становлять предмет філософії права, соціології права, психології права. На сучасному етапі розвитку теоретико-наукових розробок в галузі нотаріату, можливо, ще зарано приступати до створення та дослідження філософії нотаріату, соціології нотаріату та психології нотаріату як окремих наукових напрямів, навчальних дисциплін тощо. Але цілком і необхідно реально здійснювати дослідження нотаріату в межах філософського, соціологічного, психологічного категоріального апарату.

Дослідження цих та інших актуальних напрямів у нотаріаті, звичайно, буде ефективнішим за умови їх системності. Це програма максимум. Мета ж сьогодні – «вивести» нотаріальний дискурс зі шор (меж) тлумачного словника Закону України «Про нотаріат» та Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (хоча, безперечно, важливість будь-яких професійних, якіс-

них та виражених доробок теоретиків та практиків нотаріату і фахівців з інших галузей з питань застосування чинного законодавства України для нотаріуса переоцінити неможливо). Нотаріат має стати повноцінним об'єктом філософсько-правового дискурсу. І це найбільш ефективний шлях підняття у цілому теоретичного рівня досліджень в галузі нотаріату та поваги до його діяльності. Не дивлячись на те, що принаймні сьогодні нотаріат не можна вважати повноцінною галуззю права зі своїм специфічним предметом та методом, все ж таки природа та суть цього досить цікавого феномену не оцінена повною мірою. Це стоюється його можливостей та ролі в процесі правового регулювання суспільних відносин. Безумовним є й те, що нотаріат не простий інструмент, це багатофункціональне суспільно-правове явище з характерними ознаками, притаманними тільки нотаріату. Тобто проти діючого зараз інструментального підходу до життєдіяльності нотаріату, що дуже далекий від ідеалу, ми повинні долучити можливості такого наукового підходу, де суто інструментальна, раціональна парадигма має поступитися екзистенціальній, тобто тій, де раціональний рівень пізнання – це лише один з рівнів пізнання поряд з емоційним та духовним.

Сучасний нотаріат в Україні вийшов далеко за межі того ж нотаріату 80-х років минулого століття, як за кількісними, так і якісними показниками. Дещо застарілим є і саме визначення нотаріату – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені Законом України «Про нотаріат», з метою надання їм юридичної вірогідності. В це визначення не вписується ні попереджувальна (превентивна) функція нотаріату, ні функція вирі-

шення суперечок та спорів (медіативна), ні прогностична (врегулювання суспільних відносин, які виникнуть у майбутньому). При всій безперечній повазі та безспірній важливості посвідчувально-засвідчувальної функції, ними роль нотаріату не обмежується. Якщо економічна і соціальні складові в нотаріаті вже стали об'єктом наукових досліджень, то гуманітарна, цивілізаційні, ментальні складові, тобто саме ті, в яких виражається дух закону, залишилися практично без змін з часів Радянського Союзу. Саме ці складові об'єктивно потребують ґрунтовних наукових досліджень.

Таке соціально-правове явище, як нотаріат, має аналізувати та вивчатися у формах рефлексії, зорієнтованих на осмислення його предмета, методів правового регулювання, визначенні можливостей такого регулювання та співвідношення засобів нотаріального регулювання із засобами регулювання інших галузей права.

У контексті філософських категорій нотаріат ще не став об'єктом системного дослідження не тільки в Україні (до речі, сусіди росіяни деякі кроки вже зробили в цьому напрямі, хоча ґрунтовні дослідження відсутні і в них). Але сучасний український нотаріат вже майже досяг свого повноліття. Настав час замислитися над важливим: обирати майбутній шлях розвитку та відходити від позитивістського підходу розуміння нотаріату, від безкінечного вдосконалення Правил діловодства та шанування Інструкції більше за Конституцію. Настав час відволіктися від з'ясування питань про найкращий колір ниток, якими мають бути зшиті нотаріальні акти, та вирахування відстані в сантиметрах, на якій слід робити дірки для зшиву. З'ясування цих питань просто принижують і професію нотаріуса як таку, і гідність кожного конкретного нотаріуса. Особливо враховуючи те, яка кількість проблем зараз і-

нує в нотаріаті. Настав час для власне наукового аналізу ґрунтовних та змістовних проблем нотаріату за допомогою категоріального апарату сучасної філософії. Адже нехтування з'ясуванням змістовних проблем нотаріату і зацикленість на суто технологічних та інструментальних аспектах (вони для нотаріату, дійсно, важливі, але ж їм останніми роками приділяється непомірна увага!) і призводять до ситуації, коли нотаріус стоїть перед вибором – діяти відповідно до Інструкції чи відповідно до Конституції.

Розвиток нотаріату детермінують не підзаконні акти, і не вони мають бути дороговказною зіркою для нотаріусів у їхній діяльності, а детермінують реальні закони соціального, економічного, політичного, правового та культурного розвитку суспільства. Безумовно, усі хвороби, які притаманні цим сферам, властиві і нотаріату; неможливо, щоб окрема правова галузь або окремих правовий інститут у своєму розвитку якісно випереджував інші галузі, але кожен нотаріус і науковець мають змогу внести свій внесок у позбавлення нотаріату від тенет позитивізму.

На наш погляд, це саме ті питання, пошук відповідей на які сприятиме інтенсивному розвитку нотаріату та подоланню його проблем. Адже жодну проблему неможливо вирішити, не уявляючи її у цілому. Таке унікальне суспільно-правове явище, як нотаріат, «мирне правосуддя», потребує гідного осмислення та усвідомлення того, що в діяльності нотаріуса найважливішим є не колір та сантиметри (залишимо це модельерам, дизайнерам та стилістам), а ефективне законодавство і професіоналізм. Тому, на наш погляд, сучасний український нотаріус має вільно орієнтуватися в проблемах історії філософії права, філософії та соціології права, юридичної логіки, деонтології, психології, між-

народної нотаріальної практики, дипломатички, сфрагістики, добре розуміти значення медіативної та прогностичної функції нотаріату, володіти стилістикою нотаріального письма, і цей ряд далеко не вичерпний. Особливої уваги потребує духовна культура представників нотаріальної професії. Нотаріус – професія, позбавлена блиску і пафосу, як і личить професії довіри, втаємничення. Свідчення нотаріуса також означає довіру людей до тієї влади, яка наділила нотаріуса повноваженнями свідчити правильність викладеного волевиявлення громадянина. І носій цієї влади довіри повинен а рґіогі уособлювати величезний духовно-культурний потенціал, оскільки слугує в абсолюті кожному громадянину держави. Тож недарма такі світила, як Леонардо да Вінчі, Амеґіро Веспуччі, Ноґстрадамус, Нікколо Макіавеллі, Вольтер, Оноре де Бальзак, Ромен Ролан, Микола Реріх, Петрарка, Джон Мільтон, Метерлінк, Сальвадор Далі... були синами нотаріусів. Об'єктивно, що на першому плані наукового супроводу юридичної професії повинні стояти філософські засади, її найзагальніші закони розвитку, теоретичні та методологічні принципи, що лежать в основі нотаріальної сфери, її соціального призначення.

А нотаріус задля виконання покладених на нього обов'язків має володіти добре налаштованим інструментом у вигляді ефективного законодавства, яке має мету допомагати громадянам, причому і в сучасному, і в майбутньому – адже прогностична функція нотаріату є однією із найголовніших його функцій. І коли це буде усвідомлено кожним, і тим, хто пише закони, і тими, хто їх застосовує, і тими, хто їх охороняє – здійсниться диво: Ахілл таки наздожене свою черепаху!