

Ирина ЛИХОЛАТ,

кандидат юридических наук,

частный нотариус Киевского городского нотариального округа

ОНТОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ НОТАРИАТА: ПОСТАНОВКА ВОПРОСА

Функции современного нотариата вышли далеко за границы удостоверения прав и фактов, имеющих юридическое значение. Сложно сейчас даже представить себе правую жизнь вне активной деятельности нотариусов. Нотариус стал незаменимым помощником во многих житейских и профессиональных вопросах. Не редкость, когда нотариус выступает не только профессиональным юридическим консультантом, защитником и посредником, но и хранителем семейных и корпоративных тайн, которому, зачастую, доверяют самое сокровенное. Для многих граждан и юридических лиц, ведущих активную деятельность в сфере гражданского и хозяйственного оборота, обращение к нотариусу стало повседневной процедурой. Так, за последние десятилетия образ нотариата и самого нотариуса существенно изменился и продолжает меняться и сегодня. Если еще не так давно нотариус воспринимался как клерк, уполномоченный свидетельствовать верность копий, действительность подписей и выдавать свидетельства о праве на наследство, то на сегодня нотариус Украины — лицо с широчайшим кругом полномочий и серьезнейшей ответственностью. И его правовой статус не является статичным: число прав и обязанностей постоянно расширяется, а ответственность — ужесточается. Так, например, частью второй статьи 9 Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их обре-

менений» [1; с.1] нотариус определен как специальный субъект, на которого возлагаются функции государственного регистратора прав на недвижимое имущество. Предоставление нотариусу компетенции в сфере государственной регистрации прав на недвижимость существенно меняет представление о традиционных правах и обязанностях нотариуса, нотариальном процессе, роли нотариуса в гражданском обороте. Уже можно смело утверждать, что действие этого Закона существенно повлияет не только на ход и дальнейшее направление развития института нотариата в Украине, но и на все гражданские правоотношения, связанные с возникновением, переходом и приостановлением вещных прав на недвижимость в целом.

При этом, однако, возникает много вопросов о сути, содержании и смысле нотариата. Ответы на эти вопросы лежат не в области гражданского права, и не в области теории или методологии права. Они находятся в сфере философии права, а точнее — в сфере философии нотариата.

Предметом философии нотариата является как материальное право, так и нотариальный процесс. Следует отметить, что нотариальное право и нотариальный процесс еще не сформированы в полной мере как самостоятельные отрасли права, хотя основательные научные разработки по этим вопросам уже активно ведутся. Полагаю, что отсутствие кодифицирован-

ного нормативного акта, регулюючого питання нотаріального матеріального і процесуального права, значительно тормозит процесс их формирования. При этом правовые нормы, провозглашающие принципы нотаріальной деятельности, устанавливающие статус нотариуса, определяющие виды, порядок и процесс совершения нотаріальных действий, а также регламентирующие его квазинотаріальные обязанности, а именно: в области нотаріальной превенции и медиации, государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество, по отношению к государственному нотаріальному архиву, фискальным органам, Государственной службе по финансовому мониторингу и т.д., содержатся более чем в 1000 нормативных актов различной юридической силы! Не так давно Украинской нотаріальной палатой начат проект по подготовке нормативной базы в области нотариата Украины, что, по сути, можно считать точкой отсчета кодификационных работ по обобщению и систематизации нотаріального законодательства. Можно сказать, что и со стороны теоретиков, и со стороны практиков присутствует движение к формированию нотаріального материального и процессуального права как самостоятельных отраслей права и их появление — дело уже ближайшего будущего.

Таким образом, разделить философские основания материального и процессуального права крайне затруднительно. Нотариат — это не только совокупность норм материального права, регулирующие соответствующие общественные отношения, не только научная дисциплина, но и область практического применения, регламентирующая процесс, процедуру и производство [2; с.19]. Нормы, закрепляющие порядок образования и структуру нотариата, статус нотариуса, перечень совершаемых нотаріальных

действий, основания и пределы ответственности за правонарушения нотариуса и т.д., составляют материальное нотаріальное право, тогда как под нотаріальным процессом «...следует понимать юрисдикционную деятельность уполномоченных государством лиц, которая осуществляется в соответствии с определенной законом процедурой и иными требованиями законодательства Украины по защите и охране бесспорных прав и интересов как физических, юридических лиц, так и государства» [2; с.28]. При этом и материальное нотаріальное право, и нотаріальный процесс имеют общие глубинные основания.

Какую цель имеет исследование философских оснований нотариата? Именно философия, а не теория или методология, отвечают на вопросы о смысле и сущности любого явления: «Совершенно очевидно, что невозможно осознать сущность права, находясь в кругу его понятий. И наоборот, выход в сферу неправовых и вместе с тем тесно связанных с правовой реальностью причинных факторов открывает новые перспективы, позволяет отказаться от тех пояснительных штампов и догм, которые давно утратили свою продуктивность. Философия права не соперничает с теорией права, поскольку обращается к проблемам, которые обходят юридические дисциплины» [3; с.12]. Не исключением является и ответ на вопросы о смысле и сущности нотариата, лежащий в сфере философии права. Какое значение философско-правовые исследования имеют для практики? Практическая плоскость таких исследований — это определение вектора развития нотариата: куда двигаться украинскому нотариату, к какой из известных моделей тяготеть, какие элементы иностранных правовых систем следует имплементировать в украинскую систему нотариата, а какие — нет. Появление любой новой нотаріальной функции, изменение ста-

туса нотариуса, нововведения в порядку совершения нотариальных действий должны обосновываться не только с точки зрения сиюминутной практической необходимости и целесообразности. Обоснование должно быть осуществлено, прежде всего, с точки зрения целостности восприятия нотариата как социально-правового явления, а также целей и задач нотариуса как защитника прав и свобод. Такие важные вопросы, как перечень нотариальных действий, процедура их совершения, возложение на нотариуса квазинотариальных обязанностей не должны решаться хаотично и в отрыве от целостной концепции нотариальной деятельности. Решение этих вопросов должно быть четко обосновано с научной точки зрения и, прежде всего, с позиций философии нотариата.

Философский уровень исследования любого явления, в том числе и нотариата, начинается с ответа на вопрос о его бытии, сущности и существовании. Ответ на эти вопросы дает онтология права: «Главными понятиями онтологии являются категории бытия и небытия, которые охватывают космос, природу, социум, человека со всем разнообразием цивилизационно-культурных форм ее существования» [4; с.228]. Выбор концептуального подхода и определение онтологической, бытийственной сущности любого явления представляет собою одну из самых сложно разрешимых задач. Не исключением является и определение онтологических оснований права.

На сегодня философы и юристы предлагают многочисленные варианты определения сферы онтологии права. Современные разработки в области философии права демонстрируют различные подходы к этой проблеме. Например, онтологию права связывают с учением о бытии права в обществе, функционировании правовых феноменов в непрерывной динамике изменений, из

которых состоит правовая реальность [5; с.268]. Известный российский философ права, член-корреспондент Российской академии наук, доктор юридических наук Нерсисянц В. С. определяет правовую онтологию как учение (концепцию) о праве в его различении с законом. «Бытие права (его объективная природа и собственно сущность) представлено в принципе формального равенства, включает в себя и выражает всю совокупность внутренне взаимосвязанных и предполагающих друг друга объективных свойств и сущностных характеристик права как всеобщей и необходимой формы равенства, свободы и справедливости в общественной жизни людей» [6; с.40].

Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор Гаджиев Г. А. дает определение правовой онтологии как учения о мире права и формах его существования [7]. По его мнению, практическая онтология права представляет собой часть, выступающую связующим звеном между философией права и практической юриспруденцией. При этом правовая реальность не представляет какую-то субстанциональную часть реальности, а является лишь способом организации и интерпретации определенных аспектов социальной жизни, бытия человека, причем настолько важным, что при его отсутствии распадается мир человеческого общения. Поэтому это реально существующий мир, отличный от бытия собственно социальных объектов и субъектов. «При этом понятие «существующий» не отвергает, а, наоборот, предполагает, что мир права — это в основе своей мир должностования, а не существования» [7].

К одному из основных компонентов философии права как научной дисциплины онтологию права относит доцент кафедры «Государственно-правовые дисциплины» Московского института экономик менеджмента и

права Юрчук В. С. Он дает следующее определение: «онтология права является учением об основных принципах, формах, способах существования и развития правовой реальности, а также учением о праве, правовых нормах, юридических законах, правосознании, правоотношениях, правовой культуре и других феноменах правовой реальности» [8; с.11]. При этом одной из важнейших функций философии права Юрчук В. С. называет именно онтологическую: «Суть её проявляется в том, что философия права сама, своими средствами исследует природу и сущность правовой реальности, её способы и формы существования» [8; с.14]. В то же время, замечает ученый, следует учитывать специфичность онтологии права, поскольку бытие права — это «бытие-долженствование» [8; с.74–75].

Украинские ученые Бачинин В. А., Панов М. И., Максимов С. И. и другие [3,4,5,12], также неоднократно обращались к анализу онтологических оснований права. Так, онтология права определяется как «философское учение о сущем, о бытии в целом и о месте правовой реальности в социальном и мировом порядке. Главными понятиями онтологии являются категории бытия и небытия, которые охватывают космос, природу, социум, человека со всем разнообразием цивилизационно-культурных форм ее существования» [4; с.228].

Прежде чем обозначить существенные признаки онтологии нотариата, следует проанализировать, что же собою представляет нотариат, как общественно-правовое явление. Статья 1 Закона Украины «О нотариате» содержит следующую норму: «Нотариат в Украине — это система органов и должностных лиц, на которых возложена обязанность удостоверять права, а также факты, имеющие юридическое значение, и осуществлять иные нотариальные действия,

предусмотренные этим Законом, с целью придания им юридической достоверности» [9; с.1]. На мой взгляд, такое определение не раскрывает в полной мере феномен нотариата и, тем более, не может задать направление поиска его философских оснований. Нотариат — это, прежде всего, одна из форм защиты и охраны прав и интересов граждан, а удостоверение прав и фактов является инструментом, с помощью которых эта защита и охрана осуществляются. «Цель нотариальной деятельности — достижение адекватности и эффективности в сфере реализации, охраны и защиты конституционных прав и свобод субъектов нотариальных правоотношений. Задачей нотариальной деятельности является, непосредственно, реализация, охрана и защита гражданских, семейных, хозяйственных и иных прав и законных интересов с помощью методов и средств нотариальной деятельности» [10; с.273].

Онтологические основания нотариата детерминируются тем, что этот феномен представляет собою способ защиты прав и свобод субъектов права, основывающийся на принципе бесспорности, формальная цель которого — придание юридической силы волеизъявлению сторон в связи с возникновением, изменением и приостановлением юридических прав и фактов. Кроме того нотариат есть способом урегулирования и упреждения конфликтов и споров, осуществляемым специфическими, строго определенными законодательством методами и средствами. Таким образом, если принимать определение онтологии как учения об основных принципах, формах, способах существования и развития правовой реальности, а также учения о праве, правовых нормах, то в качестве онтологических оснований нотариата можно назвать следующие.

С моей точки зрения, сущность нотариата, его быт и естественные ха-

рактеристики, — защита прав и свобод субъектов права, а также обеспечение правовой безопасности гражданского общества в целом. Так, если в результате нотариального действия право гражданина не защищается, то цель такого действия не достигнута. Если в результате совершения нотариального действия защита права гражданина не была осуществлена либо осуществлена не в полной мере, это может быть обусловлено тремя причинами: несовершенством существующего механизма нотариального урегулирования; несовершенством работы самого нотариуса (не установил действительные намерения сторон, не разъяснил правовые последствия и т.д.), либо, если отношения, составляющие предмет совершенного нотариального действия, подлежат урегулированию иным способом, отличным от нотариального. Можно, естественно, возразить, что, интересы сторон зачастую пересекаются, законодательные нормы грешат коллизией и пробелами. На практике это, безусловно, так и есть. Но обращение к практике — переход в сферу сущего, тогда как онтологические основания права лежат в сфере должного, что неоднократно отмечалось учеными (Гаджиев Г. А., Юрчук В. С.). Защита является основополагающим, бытийственным основанием не только нотариальной деятельности, но и деятельности иных юрисдикционных органов. Это, конечно же, суды, правоохранительные органы, адвокатура. Основания деятельности всех этих органов — те же самые, а вот принципы и формы — разнятся. При этом смысл нотариата именно как органа защиты прав граждан, на мой взгляд, на сегодня оценен не в полной мере. А ведь при толковании нотариата, прежде всего, как способа защиты прав и свобод, вопрос о включении либо не включении какого-либо действия в перечень нотариальных действий, решается доста-

точно просто: если такое действие способствует защите прав, оно может быть отнесено к компетенции нотариусов при условии соблюдения основополагающего, онтологического принципа нотариата — принципа бесспорности.

Бесспорность является отличительной чертой, граничной линией, которой можно разделить те отношения, которые могут быть урегулированы с помощью нотариуса, от тех, которые им урегулированы быть не могут. Предмет нотариального оформления (то есть удостоверения, заверения, свидетельствования и т.д.) — бесспорные права и факты, которым в процессе совершения нотариального действия придается юридическая достоверность. Бесспорность, во-первых, предполагает отсутствие конфликта в отношении предмета удостоверения и/или свидетельствования между сторонами (все виды сделок); во-вторых — проявление сторонами соответствующего волеизъявления на совершение нотариального действия, не содержащего и «тени» сомнения; в-третьих, наличие надлежащего документального подтверждения всех прав и фактов, подлежащих оформлению, и, в-четвертых, наличие законодательного механизма реализации соответствующих прав, то есть, наличие материальных и процессуальных норм, посредством которых возможно реализовать соответствующие правоотношения.

На стадии осуществления нотариального действия бесспорность является необходимым условием его совершения. А вот на предшествующих стадиях нотариального процесса — открытия нотариального производства и подготовки к осуществлению нотариального производства [2; с.360] этот принцип может быть не соблюден. Так, например, родители несовершеннолетнего ребенка обратились к нотариусу с устным заявлением об удостоверении алиментного договора. Нотариус, принимая документы, осу-

цествляя их правовой анализ и оценку, приходит к решению об открытии нотариального производства. Выслушав обе стороны, в соответствии с их волеизъявлением, руководствуясь нормами действующего законодательства, а также принимая во внимание интересы ребенка, нотариус готовит проект алиментного договора. Уже на этой стадии, после ознакомления с содержанием проекта договора, у его сторон появляются разногласия, спор, который отсутствовал ранее. Что делать нотариусу? Либо останавливать подготовку нотариального действия и закрывать производство, либо попытаться урегулировать спор путем направления родителей за дополнительной консультацией к иным специалистам (в опекунский совет, к адвокатам, психологам и т.д.), либо попытаться урегулировать спор собственными силами. Если выбор пал на последнюю возможность, то, на этой стадии нотариального процесса, нотариус «открывает» медиативный процесс, то есть процесс урегулирования данного конкретного спора. Так, оба процесса — нотариальный и медиативный, оказываются тесно переплетенными друг с другом. Если переговорный процесс по урегулированию разногласий прошел успешно и бесспорность в финале переговоров достигнута, проект договора, соответствующий требованиям законодательства, одобрен сторонами, появляется возможность переходить к совершению нотариального действия.

При совершении каждого нотариального действия нотариус должен руководствоваться принципом бесспорности, исходя не только из той правовой ситуации, которая сложилась на конкретный момент времени, но и учитывая перспективу в развитии отношений. Так, часть вторая статьи 5 Закона Украины «О нотариате» [9; с.1] устанавливает обязанность нотариуса содействовать гражданам, предприятиям, учреждениям и

организациям в осуществлении их прав и защите законных интересов, разъяснять права и обязанности, предупреждать о последствиях осуществляемых нотариальных действий с той целью, чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована им во вред. Эта обязанность нотариуса, установленная законом, предполагает соблюдение нотариусом принципа бесспорности в оформлении нотариального акта либо любого иного нотариального документа (фотокопии, заявления и т.д.). При этом нотариус должен учесть сам и предупредить участников нотариального процесса о том, что нотариальный акт (либо иной нотариальный документ) в дальнейшем подлежит реализации, в том числе применению. А для его эффективной реализации (применения) необходим учет всех юридических последствий, в том числе, и предупреждение возникновения каких-либо конфликтных ситуаций. В этом случае речь идет о превенции в нотариальном процессе, которая теснейшим образом связана с бесспорностью и медиацией. «Нотариат как орган превентивной юстиции, выполняющий важнейшие публичные функции по обеспечению юридической бесспорности, должен отвечать современным потребностям участников гражданского оборота, заинтересованных в стабильности и бесспорности отношений» [11; с. 51].

Следуя определению онтологии как учения об основных принципах, формах, способах существования и развития правовой реальности, при вычленении онтологических оснований права следует упомянуть о формах существования и развития нотариальных правоотношений. Нотариальная реальность реализуется в определенных формах, в которых, в свою очередь, осуществляются нотариальные действия. В статье 34 Закона Украины «О нотариате», кроме того что представлен пере-

чень нотариальных действий, также обозначены непосредственные формы защиты прав. Онтологическое значение установленных нотариальных форм находится в надлежащей фиксации юридических прав и фактов с целью придания им статуса юридической достоверности. Такими формами являются: удостоверение сделок (договоров, завещаний, доверенностей); выдача свидетельств, являющихся правоустанавливающими документами; проведение фактических действий, имеющих целью установление и фиксацию прав и фактов: принятие мер к охране наследственного имущества, проведение описи имущества физического лица в установленных законодательством случаях; передача заявлений физических и юридических лиц другим физическим и юридическим лицам; принятие в депозит денежных средств и ценных бумаг; выдача дубликатов; наложение и снятие запретов относительно отчуждения имущества; свидетельствование верности копий (фотокопий) документов, выписок из них, действительности подписи на документах, верности переводов документов с одного языка на другой; удостоверение факта, что физическое или юридическое лицо являются исполнителем завещания, что физическое лицо является живым, факта пребывания физического лица в определенном месте, время предъявления документов; совершение исполнительных надписей, протестов векселей, морских протестов; принятие на хранение документов.

Как уже отмечалось, сфера онтологии права лежит в области должного, а не сущего. Практики же имеют дело со сферой сущего, то есть, комплексом существующих общественных правоотношений и действующего законодательства, призванного урегулировать такие отношения. Не удивительно, что нотариальная практика не всегда «по-

спевает» за должным. Увы, должное в практике нотариата далеко не всегда находит свое отображение. В силу этой же причины, предусмотренные Конституцией и законодательством Украины права и свободы граждан и юридических лиц, к сожалению, далеко не всегда могут быть реализованы и надежным образом защищены нотариальными средствами. В «подтягивании» закона к праву, с его доктриной правового государства и гражданского общества, как раз состоит диалектический процесс реализации онтологических оснований нотариата в повседневной практике, который находит свое выражение в нотариальном процессе. «Быть — значит пребывать не в состоянии абсолютного покоя, а в динамике непрерывных, малых и значительных, изменений. Мир в целом и все его отдельные части и элементы непрерывно меняются» [12; с.49].

Поиск философских оснований таких, казалось бы, на первый взгляд, исключительно практических правовых явлений, каким является нотариат, состоит в преодолении разрыва между теорией и практикой, между миром должного и миром сущего. Таким образом, если принимать определение онтологии как учения об основных принципах, формах, способах существования и развития правовой реальности, а также учения о праве, правовых нормах, то в качестве онтологических оснований нотариата можно назвать следующие. Онтологические основания нотариата — сфера долженствования нотариата, представляющая собою способ урегулирования и упреждения конфликтов и споров, осуществляемый специфическими методами и средствами, а также способ защиты прав и свобод субъектов права, основывающийся на принципе бесспорности, формальная цель которого — придание юридической силы волеизъявлению сторон в связи с воз-

никновением, изменением и приостановлением юридических прав и фактов. Наконец следует отметить, что, кроме разработки онтологических оснований, крайне важными являются разработки в иных областях философии: в области гносеологии, антропологии и праксиологии нотариата. Только через фило-

софские основания возможно глубинное познание любого явления, в том числе и нотариата. И только с помощью такого глубинного знания можно идти к намеченной цели по четко очерченному и освещенному столь необходимыми познаниями пути, не совершая серьезных ошибок и промахов.

ПРИМЕЧАНИЯ:

1. Закон Украины «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»/ <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>

2. Теорія нотаріального процесу: Науково-практичний посібник / За заг. ред. С. Я. Фурси. — К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. — 920 с.

3. Бачинін В. А., Панов М. І. Флософія права: Підручник для юрид. спец-тей вищих навч. Закладів освіти — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. — 472 с.

4. Філософія права: Словарь. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — 408 с.

5. Юридична енциклопедія: В 6 т., Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — том.4, — 717с.

6. Нерсесянц В. С. Філософія права. Учебник для вузов. — М.: Издательская группа ИНФА М — НОРМА, 1997. — 652 с.

7. Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование концепта

юридической действительности). — Монография, издательство Норма, — с.319. / <http://vesti95.ru/news/social/4598547.html>

8. Юрчук В. С. Філософія права. Курс лекцій. Московский институт экономики, менеджмента и права. — 2007. — 140с.

10. Лихолат І. П. Мета та завдання нотаріальної діяльності — проблеми теорії та практики. — Філософсько-методологічні та психологічні проблеми права. Збірник матеріалів V Міжнародної науково-теоретичної конференції (Київ, 17 листопада 2012 року). Національна академія внутрішніх справ. Редакційно-видавничий центр Національної академії внутрішніх справ. — Київ, 2012. — 132—273с.

11. Медіація в практиці нотаріуса /отв. Ред. С.К.Загайнова, Н. Н. Тарсаов, В.В.Ярков. — М.:Инфотропик Медиа: б.и., 2012. — 336 с. (Серия «Библиотека Медиа: Кн.3).

12. Бачинин В. А. Філософія права и преступления.—Харьков: Фолио, 1999. — 607 с.