
ПРОБЛЕМЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА

А.В. ДУДАРЕВ

КАНДИДАТ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ДОЦЕНТ,
НОТАРИУС Г. МОСКВЫ

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ НОТАРИАЛЬНОГО ПРАВА

В работе выявлены основные недостатки системы «латинского нотариата», которые дол-

жны учитываться при формировании соответствующей управленческой модели в России.

Ключевые слова: нотариальное право, нотариат, отрасль права, правовое регулирование нотариальной деятельности.

A. DUDAREV

CANDIDATE OF SCIENCES (LAW),
ASSOCIATE PROFESSOR, NOTARY PUBLIC, MOSCOW

ON THE ISSUE OF DEVELOPING NOTARIAL LAW

The paper brings to light the major drawbacks of the Latin notarial system which must be taken

into account in developing an appropriate administration model for Russia.

Key words: notarial law, notaries public, branch of law, legal regulation of the notary public practice.

В юридической науке существуют различные научные позиции относительно возможности и целесообразности анализа нотариального права как самостоятельной отрасли права. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что многие известные ученые фактически исходят из того, что факт его существования является аксиоматичным. Нотариальное право, как утверждает, в частности, И.Н. Черемных, является самостоятельным элементом правовой системы России, а именно комплексной отраслью права, обладающей своим предметом, методом, принципами и источниками правового регулирования, представляющей собой совокупность правовых норм и институтов, регулирующих на основе сочетания публичных и частных интересов общественные отношения в сфере организации нотариата и нотариальной деятельности¹. Также рассуждает и А.Г. Нуриев, констатируя лишь наличие концепции соотношения систе-

мы гражданско-правовых норм и системы норм нотариального права как основной и обслуживающей системы. При этом, по его мнению, к примеру, гражданско-правовое регулирование в рамках нотариального права имеет преобладающее значение по сравнению с другими видами отраслевого регулирования².

Тем не менее, те же самые исследователи замечают, что традиционно изучение правового института нотариата осуществлялось учеными-правоведами, специализирующимися в вопросах гражданского процессуального права³. Как правило, правовой институт изучается в рамках учебной дисциплины гражданского процессуального права⁴.

В целом, имеет место несколько подходов к определению нотариального права и его месту в системе отраслей российского права. Одна позиция отрицает возможность существования отрасли нотариального права. Разделяющие ее

исследователи отмечают, что первичным звеном системы права является норма права, а нормативно-правовые акты отраслей права служат структурным материалом, из которого складывается конкретная отрасль законодательства. При сформированной отрасли права отрасль законодательства может не сложиться (например, право социального обеспечения, предпринимательское право). Возможна и обратная ситуация, когда отрасль законодательства существует без отрасли права (например, законодательство о нотариате). Так, например, по мнению Н.А. Гуцдиной, «с одной стороны, система права способна обеспечить построение системы законодательства, с другой - состояние системы законодательства свидетельствует о степени развитости системы права»⁵. Весьма характерна в этом плане позиция Ю.А. Тихомирова. Он отмечает, что «принятие одного-двух законов нередко дает повод признать появление соответствующей отрасли права... Принят закон о нотариате - есть и нотариальное право... Подобное отождествление упрощает и вульгаризирует представления о праве и законе, но первое как явление и понятие богаче и шире второго. Не следует скороспелым законам поспешно присваивать ранг права, а отрасли законодательства механически объявлять отраслями права. Авторские амбиции разработчиков, ученых и депутатов, - заключает автор, - не могут служить для этого серьезным основанием»⁶.

Другая позиция признает существование нотариального права, в том числе, в качестве подотрасли конституционного права. Так, Е.Б. Тарбагаева, отмечая комплексный характер законодательства о нотариате, констатирует существование норм, которые органически и нерасторжимо связаны с нотариатом; именно эти нормы, по мнению Е.Б. Тарбагаевой, «определяющие организацию нотариата как системы органов, обеспечивающих нотариальную охрану прав и законных интересов, по своему предмету и методу могут быть отнесены к конституционному праву в качестве его подотрасли, так как регулирование организации нотариата согласно Конституции РФ находится в совместном ведении Федерации и ее субъектов»⁷.

Аналогичные взгляды высказывают и другие исследователи, отмечающие, что сегодня нотариальное право можно отнести к ведущей

отрасли российского права - конституционному праву в виде комплексной подотрасли. Нотариальное право они определяют «как совокупность правовых норм и институтов, регулирующих на основе сочетания публичных и частных интересов общественные отношения в сфере организации и осуществления нотариальной деятельности, а также отношения по государственному управлению нотариальной деятельностью в целях защиты основных прав и законных интересов граждан и юридических лиц и обеспечения интересов государства и общества»⁸.

Как отмечает А.Г. Нуриев, еще одна группа ученых нотариальное право рассматривают как комплексную отрасль права⁹. Нотариальное право носит комплексный характер, поскольку законодательство о нотариате регулирует отдельный круг вопросов, объединяя в едином нормативном акте нормы различной отраслевой принадлежности на основании рационального начала, которое заключается в регуляции в едином правовом акте определенного вида юридической деятельности. Предметом нотариального права являются нотариальные действия, в рамках метода выделяются как императивные, так и диспозитивные начала (равенство сторон нотариального производства, свобода обращения к нотариусу за совершением нотариального действия, система гарантий прав заинтересованных лиц). В систему нотариального права входит общая часть, состоящая из институтов, регулирующих организационные основы нотариата, и особенная часть, состоящая из норм, регулирующих правила совершения нотариальных действий.

В частности, В.В. Ярков отмечает, что нотариальное законодательство представляет собой комплексную отрасль российского законодательства¹⁰. По его мнению, на базе комплексных отраслей законодательства возникают и комплексные правовые образования в структуре права. Развитию комплексных отраслей права способствует и специализация законодательства, поскольку оно все чаще регулирует по сугубо рациональным признакам отдельный круг правовых вопросов, объединяя в едином нормативном акте нормы различной отраслевой принадлежности. Таким образом, заключает автор, нотариальное право относится к числу комплексных отраслей права, объединяющих в себе нормы

самой различной отраслевой принадлежности, как материально-правовые, так и организационные и процедурно-процессуальные. Признаками, способствующими, по мнению В.В. Яркова, выделению нотариального права как комплексной отрасли являются:

-во-первых, наличие кодифицированного правового акта - Основ законодательства РФ о нотариате;

-во-вторых, наличие общего предмета регулирующего воздействия - отношений, связанных с совершением нотариальных действий;

-в-третьих, комплексный характер нотариального права подчеркивается тем обстоятельством, что оно включает в себя юридические нормы гражданского, административного, процессуального и иных отраслей российского права;

- в-четвертых, нотариальное право имеет ряд особых принципов, общих положений, приемов и способов регулирования, образующих особый правовой режим¹¹.

Аналогичной точки зрения придерживаются и многие другие исследователи¹². В целях аргументации своих суждений они отмечают, что предмет нотариального права представляет сформировавшуюся обособленную группу общественных отношений по поводу нотариальной деятельности, воздействующую:

- на общественные отношения, связанные непосредственно с нотариальной деятельностью;

- на нотариальные действия, результат которых - нотариальный акт;

- на нотариально-процессуальные отношения, характеризующие порядок осуществления отдельных видов нотариальных производств;

- на отношения по организации сотрудничества с нотариатом зарубежных стран¹³.

Соответственно, они делают вывод, что нотариальное право - самостоятельная отрасль системы российского права, которая представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения по поводу нотариальной деятельности, с присущими ей методами, основанная на определенных правовых принципах и обладающая самостоятельными источниками права¹⁴.

Причем, исследователи отмечают, что по своему характеру нотариальное право является

не только процессуальным (процедурным), но и материальным, и регулирует как общественные отношения в сфере осуществления нотариальной деятельности, устанавливая, каким образом совершаются нотариальные действия, так и содержит материальные нормы, закрепляющие условия, когда эти действия должны или могут быть совершены, их юридические последствия. Материальные нормы нотариального права обеспечивают его регулятивные и охранительные функции, регулируют реально складывающиеся между людьми отношения, регламентируют реализацию субъектами прав и обязанностей. Нотариальное право обладает собственной системой источников, под которыми исследователи, как правило, понимают нормативные правовые акты, содержащие правила, регулирующие общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления нотариальной деятельности, и организационно-управленческие отношения в сфере нотариата. В этом плане «отказывать» нотариальному праву в отраслеобразующих признаках и рассматривать его как «механическую» совокупность норм, относящихся к отдельным институтам и отраслям частного права: наследственного права, семейного права и т. д., было бы неверно, как замечает И.Н. Черемных, по следующим причинам¹⁵. Во - первых, нормы отдельных отраслей, даже в той мере, в которой они регулируют вопросы, касающиеся нотариальной деятельности, восприняли принципы той отрасли права, к которой относятся, и не учитывают специфику и особый характер нотариальной деятельности. Во - вторых, существует ряд законодательных актов, регулирующих нотариальную деятельность, которые не могут быть однозначно отнесены ни к одной из традиционно существующих отраслей права России (гражданскому процессуальному, административному праву).

Таким образом, исследователи отмечают, что правовое регулирование нотариальной деятельности специальными законодательными актами позволило поставить вопрос о наличии нотариального права¹⁶. Если разделить их позицию, то применительно к нотариальному праву дискуссионным является лишь, к примеру, вопрос о месте нотариального процессуального права в системе права. Одна точка зрения здесь состоит в том, что деятельность нотариальных

органов охватывается предметом гражданского процессуального права, поскольку суд и другие органы объединены, исходя из единства государственной функции защиты прав и охраняемых законом интересов; другая же - предполагает, что законодательство о нотариате не входит в предмет гражданского процессуального права, т.к. последнее регулирует только деятельность суда по рассмотрению гражданских дел¹⁷.

Тем не менее, некоторые ученые отмечают, что «расширение юрисдикционной деятельности государственного нотариата по охране гражданских прав и интересов не связано с конструированием каких-либо новых отраслей процессуального права. Законодательство о государственном нотариате не образует самостоятельное нотариальное процессуальное право, ибо нет материального нотариального права, которое оно призвано обслуживать»¹⁸. По их мнению, для выделения нотариального права как отдельной самостоятельной комплексной отрасли права пока нет достаточных оснований. По своему характеру нормы, определяющие порядок организации нотариата, т.е. общие вопросы нотариата, условия назначения на должность, проведения конкурсов и стажировок, финансовые аспекты нотариальной деятельности и т.п., равно как нормы, определяющие порядок совершения нотариальных действий, т.е. обязательных условий совершения того или иного нотариального действия, являются административными нормами и входят в предмет государственного регулирования нотариальной деятельности, т.е. административного права. Эти нормы устанавливают общеобязательные правила поведения для должностных лиц, осуществляющих функции государственного управления в сфере нотариата, и для нотариусов. В рамках правоприменительной деятельности нотариус использует нормы различных отраслей права: гражданского, семейного, жилищного, земельного и т.п. Следовательно, нет весомых оснований для объединения этих норм в комплексную отрасль права, в том числе и потому, что любой правоприменительный орган и сами заинтересованные лица следуют предписаниям соответствующих норм права, при этом эти нормы остаются в рамках своей отраслевой принадлежности.

Таким образом, в отечественной правовой доктрине имеет место дискуссия в отношении

целесообразности выделения нотариального в качестве самостоятельной отрасли права. По справедливому замечанию Р.Давида, обоснованные выводы могут быть сделаны с полной ясностью только, если посмотреть на проблему со стороны, выйти за рамки собственной правовой системы¹⁹. Так, например, во Франции «фактор наличия» нотариального права, понимаемого как совокупность норм, которые применяются в отношении самих нотариусов при исполнении ими своих обязанностей, прежде всего по удостоверению сделок, и по другим взаимоотношениям с клиентами, как правило, не отрицается²⁰.

По мнению автора, теория права не может предложить исследователю универсальные и безапелляционные критерии определения принципиальной возможности и уж тем более целесообразности выделения отраслей права в качестве самостоятельных. Существующий классический критерий их обособления по принципу «уникальности» предмета и метода правового регулирования вряд ли можно назвать свободным от элементов субъективизма и потенциальной опасности искусственного надумывания отраслей права. Зададимся, к примеру, вопросом о том, имеет ли нотариальное право возможность «существования» в силу специфики двух (иногда, правда, выделяют и большее количество) критериев? Думается, не трудно предположить, что исследователь при соответствующем желании сможет выделить и специфическую группу общественных отношений и необходимость их урегулирования особыми методами. Впрочем, следует заметить, что в первом случае это все же достаточно абстрактная формула «общественные отношения в сфере...», а во втором - то или иное сочетание (или степень превалирования) императивного и диспозитивного методов правового регулирования.

Таким образом, сам по себе факт выделения нотариального права как самостоятельной отрасли права не может быть однозначно охарактеризован как, к примеру, негативный или же, напротив, бесспорный. Его надлежащая оценка возможна лишь на основе анализа влияния на развитие юридической науки и правоприменительной практики. В этом плане, как представляется, выделение нотариального права в качестве самостоятельной отрасли права может способствовать развитию системы законодательства,

регламентирующего статус нотариата, основы деятельности и разграничение полномочий нотариальных и квазинотариальных структур и т.д. Кроме того, нотариальное право (если признать

целесообразным его выделение) будет способствовать и развитию межнотариального сотрудни-

¹ См.: Черемных И.Н. Становление независимого нотариата России как института по осуществлению правоохранительной деятельности: Автореф. дисс... докт. юрид. наук. – М., 2007. С. 13.

² См.: Нуриев А.Г. Гражданско - правовые нормы в нотариальном праве: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. - Казань, 2007. С. 7.

³ Нуриев А.Г. К вопросу о понятии нотариального права // Арбитражный и гражданский процесс. – М., 2007. № 6. С. 22.

⁴ См., например: Юдельсон К.С. Советский нотариат. - М., 1959; Зейдер Н.Б. Предмет и система гражданского процессуального права // Правоведение. – М., 1962. № 3. С. 62 – 82; Гражданский процесс: Учебник // Под ред. В.В. Яркова. - М., 2006; Гражданский процесс: Учебник // Под ред. М.К. Треушникова. - М., 2003.

⁵ См.: Гущина Н.А. Система права и система законодательства: соотношение и некоторые перспективы // Известия вузов. Правоведение. – М., 2003. № 5. С. 202.

⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития российского законодательства // Журн. рос. права. – М., 1999. № 1. С. 18 - 19.

⁷ См.: Тарбагаева Е.Б. Организация и деятельность нотариата в Российской Федерации. - СПб. 2006. С. 51 - 53.

⁸ См.: Нотариальное право России: Учебник // Под ред. Г.Г. Черемных, И.Г. Черемных. - М., 2004. С. 59.

⁹ См.: Нуриев А.Г. К вопросу о понятии нотариального права // Арбитражный и гражданский процесс. – М., 2007. № 6. С. 22.

¹⁰ См.: Нотариальное право России: Учебник // Под ред. В.В. Яркова. - М., 2003. С. 30 - 32.

¹¹ См.: там же.

¹² См., например: Щенникова Л.В. Законодательство о нотариате в России: проблемы и решения // Журн. рос. права. – М., 2005. № 5. С. 35. Ж.-Ф. Пиену, Ж. Ягр. Профессиональное нотариальное право. - М., 2001. С. 31.

¹³ См.: Смирнов С. Нотариальное право - самостоятельная отрасль // Законность. – М., 2005. № 12. С. 39 - 41.

¹⁴ См.: Там же.

¹⁵ См.: Черемных И.Н. Становление независимого нотариата России как института по осуществлению правоохранительной деятельности: Автореф. дисс... докт. юрид. наук. М., 2007. С. 32.

¹⁶ См.: Алферов И.А. Нотариальная форма защиты и охраны права и законного интереса: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 31-32.

¹⁷ См.: Зейдер Н.Б. Предмет и система советского гражданского процессуального права. // Правоведение. - М., 1963. № 3. С. 81; Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное право. М., 1966. С. 158-159.