

УДК 347:341.9 (477)

В. Ю. Стрілько
*аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ДЖЕРЕЛА НОТАРІАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ: ВИДИ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ

Проблема використання дефініції «джерело нотаріального процесу» в правовій науці, законодавстві та практиці належить до групи проблемних питань, які швидко не вирішуються. Однак, вважаємо, що її вирішення вплине на розвиток вітчизняної юридичної науки та законодавства. Крім того, дослідження видів джерел нотаріального процесу з іноземним елементом, а також їхнього співвідношення може бути використано у практичній діяльності, яка на сьогодні потребує додаткових джерел при розгляді ситуацій, пов'язаних із неоднозначним застосуванням норм законів на практиці.

Як показує аналіз юридичної наукової літератури, питання щодо поняття, видів та співвідношення джерел нотаріального процесу є дискусійним. Але констатуємо, що в цих роботах окремо не акцентується увага на джерелах нотаріального процесу з іноземним елементом. Тому наукова стаття є актуальною для розвитку науки як міжнародного приватного права, так і нотаріального процесу.

Тема нотаріального процесу загалом та нотаріального процесу з іноземним елементом зокрема не є новою для правової науки [1; 2; 3]. На нашу думку, праці В.В. Баранкової, І.В. Бондар, М.В. Бондаревої, І.В. Гетьман-Павлової, Н.С. Горбань, Н.Ю. Гуть, М.М. Дякович, Ю.В. Желіховської, Т.Г. Калиниченка, О.О. Кармази, В.В. Комарова, О.М. Криштопи, І.Г. Медведєва, І.С. Мельник, С.Г. Пасічник, Ж.-Ф. Пієпу, С.Я. Рабовської, Л.К. Радзівєвської, О.С. Снідевича, М.К. Треушнікова, С.Я. Фурси, Є.І. Фурси, І.Г. Черемних, К.І. Чижмарь, В.М. Черниша та інших дослідників створили теоретичну базу для обґрунтування поняття нотаріального процесу, класифікації його норм та джерел. Окремо слід відзначити наукові роботи О.О. Кармази, О.М. Криштопи, Ю.В. Черняк, Т.В. Федоренко, в яких здійснено теоретико-правовий аналіз поняття та джерел нотаріального процесу з іноземним елементом, але без акцентування уваги на видах джерел нотаріального процесу з іноземним елементом та їхньому співвідношенні.

Таким чином, метою статті є комплексне дослідження поняття джерела нотаріального процесу з іноземним елементом, їх видів та співвідношення.

Нотаріальний процес з іноземним елементом має внутрішні та зовнішні форми вираження.

В правовій науці під внутрішньою формою права розуміють його структуру, систему елементів, що складають зміст цього явища; під зовнішньою формою – візований комплекс юридичних джерел, що формально закріплюють правові явища і дають змогу адресатам знайомитися з їх реальним змістом і користуватися ними [4, с. 229]. Зовнішня форма – це «те, де знаходиться норма права», «те, звідки юристи-практики черпають знання про норми позитивного права» [5, с. 193].

Правова категорія «джерело права» загалом та «джерело нотаріального процесу з іноземним елементом» зокрема є однією зі складних та дискусійних в юридичній науці. Загальновідомо, що розвиток суспільних відносин в країні впливає на доктринальні напрацювання підходів до її вивчення. Отже, в правовій науці існує декілька напрямів формування поняття джерела права. Крім того, однозначності в розкритті змісту цього поняття немає. Так, наприклад, В.Ф. Мелашенко доводить, що джерело права – це сила, яка створює право, перетворює його в життєву необхідність та втілюється у певних формах (актах) [6, с. 138]. На думку Н.О. Пархоменко, джерело права – це акти волевиявлення суб'єктів правотворчості, що містять положення правових норм у письмовій формі або неписані нормативні факти, на основі яких виникають, змінюються та припиняються права та обов'язки суб'єктів правовідносин [7, с. 39]. Р.В. Майданик під джерелом цивільного права розуміє об'єктивовану форму вираження і закріплення цивільно-правових норм загальної і індивідуальної дії (у визначеному законом випадках) шляхом державного (зовнішнього) та внутрішнього (саморегулювання) регулювання учасниками своїх цивільних відносин [8, с. 198].

Як розвиток наукових ідей професора Р.В. Майданика зазначимо, що джерелом нотаріального процесу з іноземним елементом в Україні є нормативно-правові акти, які закріплюють юридично обов'язкові правила поведінки для невизначеного кола суб'єктів (учасників) нотаріально-процесуальних відносин, ускладнених іноземним елементом, а також встановлюють порядок вчинення нотаріальних процесуальних дій, а також акти індивідуальної дії, які містять правила поведінки для індивідуально визначеного кола учасників таких відносин. Так, згідно зі ст. 70 За-

кону України «Про міжнародне приватне право» спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем не обрано в заповіті право держави, громадянином якої він був.

У правовій науці й досі не існує єдиного підходу щодо класифікації джерел права. Отже, право на існування мають різноманітні класифікатори. Загальновідомо, що у своїй сукупності джерела утворюють складну, як за структурою, так і за змістом, динамічну систему, для якої характерною ознакою є її розвиток.

Науковці-юристи до джерел права загалом відносять нормативно-правові акти, правові звичаї, правові прецеденти, нормативно-правові договори, принципи права, правову доктрину, релігійні норми та природне право. Склад та система джерел права, які існують в країні, визначаються історичними особливостями та її належністю до правової сім'ї. Водночас більшість українських науковців сходиться на тому, що основним джерелом права в Україні є нормативно-правовий акт. Зауважимо, що визначення цього поняття міститься лише на доктринальному рівні. Узагальнивши наукові ідеї щодо цього поняття, зазначимо, що нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ органу державної влади, який містить формально-обов'язкові правила поведінки загального характеру для суб'єктів суспільних відносин. Місце конкретного нормативно-правового акта в системі джерел нотаріального процесу з іноземним елементом обумовлене дією принципу верховенства права (ст. 8 Конституції України) та визначається, як правило, повноваженнями органу державної влади. Для того, щоб акт виразу державної волі міг розглядатися як джерело права, в теорії права виділено такі ознаки: особливий порядок прийняття, державна обов'язковість і гарантованість, нормативність, формальність, юридична сила, системність викладення змісту (внутрішня структурованість), дія в часі, просторі й щодо кола осіб тощо.

Отже, регулювання нотаріальних процесуальних відносин з іноземним елементом здійснюється на підставі норм законів України, чинних міжнародних договорів України та прийнятих на виконання норм законів підзаконних нормативно-правових актів. Тобто офіційними джерелами нотаріального процесу з іноземним елементом є національне законодавство України, а саме внутрішнє законодавство – закони та підзаконні нормативно-правові акти України та міжнародне законодавство – чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Так, Конституція України має найвищу юридичну силу та становить основу національного законодавства України (ст. 8 Конституції). Від-

повідно до ст. 26 Конституції іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Тобто іноземець, який на законних підставах перебуває в Україні, має право звернутися до нотаріуса щодо укладення договору купівлі-продажу майна, яке належить йому на праві власності, якщо інше не передбачено законом, чинним міжнародним договором чи законом України.

Крім того, внутрішнє законодавство України має досить великий обсяг правових норм, прийнятих для регулювання нотаріальних відносин з іноземним елементом, а також визначення порядку (процесу) вчинення нотаріальних дій нотаріусами в Україні. Однак єдиного універсального нормативно-правового акта у цій сфері відносин немає. Серед законів як джерел нотаріального процесу з іноземним елементом важливе місце посідає Закон України «Про міжнародне приватне право», який містить колізійні норми, які визначають, право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом (ст. 1 цього Закону). Отже, відповідно до норм цього Закону визначається право, що підлягає застосуванню до правового статусу фізичних та юридичних осіб, які є учасниками правовідносин, форми та змісту правочинів, речових прав, сімейних та спадкових відносин тощо.

Водночас Закон України «Про нотаріат», яким встановлено порядок (процедуру) вчинення нотаріальних дій, а також визначаються права та обов'язки учасників (суб'єктів) нотаріальних відносин тощо, посідає також головне місце серед законів України. Застосування норм цих двох законів здійснюється нотаріусом одночасно. Здійснивши аналіз його нормативного складу, дійдемо висновку, що цей Закон, як і попередній Закон, містить колізійні норми. Так, згідно зі ст. 101 Закону України «Про нотаріат» порядок зносин нотаріусів з іноземними органами юстиції визначається законодавством України, міжнародними договорами. В ньому зосереджені й матеріальні норми. Зокрема, в ст. 34 йдеться про те, які саме нотаріальні дії вчиняють нотаріуси, в наступних статтях – про місце і строки вчинення нотаріальної дії (ст. ст. 41 та 42), вимоги до документів, що подаються нотаріусу (ст. 47), випадки відмови у вчиненні нотаріальної дії (ст. 49) тощо. Крім того, він містить процесуальні норми, які визначають порядок установаження особи, яка звернулася до нотаріуса (ст. 43), встановлення дійсних намірів сторін (ст. 44), порядок реєстрації нотаріальної дії (ст. 52) тощо.

Важливе місце серед джерел нотаріального процесу з іноземним елементом посідають Ци-

вільний, Земельний, Сімейний та інші кодекси, а також інші закони України, зокрема Закони «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень», «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність».

Джерелами нотаріального процесу з іноземним елементом є також підзаконні нормативно-правові акти, а саме акти Президента України, Кабінету Міністрів України та інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування, які видані відповідно до закону та направлені на регулювання приватних відносин з іноземним елементом у сфері нотаріального процесу. Це, зокрема, Декрет Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993 р., Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» від 22 лютого 2012 р., Наказ Міністерства юстиції України «Про забезпечення організації доступності населення до нотаріальних послуг та поліпшення роботи із надання таких послуг» від 7 липня 2014 р.

Наступним джерелом нотаріального процесу з іноземним елементом є чинний міжнародний договір України, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України. На сьогодні Україною укладено приблизно з тридцятьма країнами світу двосторонні міжнародні договори про правову допомогу у цивільних справах. Зокрема, з Китаєм, Польщею, Литвою, В'єтнамом, Македонією, Чехією, Туреччиною, Угорщиною, Грецією, Кубою, Болгарією, Кіпром, Індією, Об'єднаними Арабськими Еміратами. Крім цього, відповідно до Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів (1978 р.) в Україні нотаріусом можуть застосовуватися норми міжнародних договорів СРСР, наприклад, Договору між СРСР та Фінляндською Республікою про правовий захист та правову допомогу в цивільних, сімейних та кримінальних справах (1978 р.).

До багатосторонніх міжнародних договорів у сфері нотаріального процесу з іноземним елементом слід віднести Загальну декларацію прав людини (1948 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.), низку Гаазьких конвенцій з міжнародного приватного права, а саме Конвенцію про скасування вимоги легалізації іноземних офіційних документів (1961 р.), Конвенцію про колізію законів, які стосуються форми заповітів (1961 р.), Конвенцію про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання і співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей (1996 р.), а

також Базельську Конвенцію про створення системи реєстрації заповітів (1972 р.), Мінську Конвенцію про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (1993 р.).

Вважаємо, що удосконалення законодавства України може відбутися з метою того, щоб нотаріуси змогли керуватися не тільки нормами конвенцій, які є чинними для України, а й нормами інших багатосторонніх конвенцій у сфері міжнародного приватного права, які не є обов'язковими для України, однак є універсальними, найбільш удосконаленими моделями регулювання відносин у тій чи іншій сфері. На нашу думку, це б сприяло підвищенню рівня ефективності українських нотаріальних документів за кордоном. Проте українське законодавство, зокрема ст. 9 Конституції, не дозволяє у тексті нотаріального документу робити посилання на міжнародні договори, які не є чинними для України. Таким чином, це питання може бути предметом подальших досліджень.

Тобто джерелами регулювання нотаріальних відносин з іноземним елементом в Україні є багатосторонні та двосторонні договори – міжнародне законодавство, а також нормативно-правові акти України – внутрішнє законодавство. Отже, їх особливість полягає в подвійному характері регулювання відносин: з одного боку, до них належать нормативно-правові акти внутрішнього законодавства України, а з іншого – чинні міжнародні договори України.

Складним та дискусійним питанням в правовій науці є питання про віднесення судового прецеденту та судової практики до джерел права. Однак ігнорувати ці джерела у нотаріальному процесі, де існують прогалини, не потрібно. Попри відсутність їх офіційного визнання, де-факто ці джерела права використовуються.

На думку Б.О. Малишева, включення судового прецеденту до системи джерел права України має ґрунтуватися на таких засадах: він буде другим за юридичною силою джерелом права після закону, ним можуть стати лише рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів, критерії відбору рішень, які стануть судовим прецедентом, визначаються законом [9, с. 101–102]. Р.В. Майданик доводить, що судовий прецедент виконує функцію уточнення і доповнення законів при застосуванні їх норм під час вирішення судом конкретних справ. Тому судовий прецедент є вторинним, похідним від закону джерелом права, що не має пріоритету над законом [10, с. 208].

Право України не є прецедентним правом, а тому в Україні значення має не судовий прецедент як такий (рішення окремого суду), а узагальнення судової практики у вигляді документів вищих судових органів. Тобто нотаріусу необхідно брати до уваги позицію (висновки)

вищих судових органів щодо розкриття змісту норм міжнародного приватного права, яка може міститися в узагальненнях судової практики, у відповідних постановках тощо. Наприклад, у Постановках Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику у справах про захист права власності та інших речових прав» від 7 лютого 2014 р., «Про узагальнення судової практики розгляду цивільних справ про спадкування» від 1 березня 2013 р., «Про узагальнення судової практики розгляду цивільних справ з іноземним елементом» від 1 березня 2013 р.

Звертаємо увагу і на те, що факт збільшення кількості звернень громадян України до Європейського суду з прав людини, повинен також братися до уваги нотаріусами при вчиненні нотаріальних дій. Однак застосування практики Європейського суду з прав людини в практичній діяльності нотаріуса на законодавчому рівні не вирішено. Водночас ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачено, що суди застосовують при розгляді справ практику Європейського суду як джерело права. Тобто практика Європейського суду офіційно набула в Україні статусу джерела права саме в цивільному судочинстві.

Враховуючи позицію Конституційного Суду України (Рішення від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004), за якою «право не обмежується лише законодавством як однією із його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традицій, звичаїв тощо, які легітимовані суспільством», дійдемо висновку, що офіційно визнаним джерелом нотаріального процесу з іноземним елементом є насамперед нормативно-правові акти, а потім практика Європейського суду за умови, що її застосування узгоджується із приписами Конституції України та законів України».

Для нотаріуса практичне значення має також і доктрина нотаріального процесу – науково-практичні праці теоретиків права, які мають авторитет у суспільстві. Водночас віднесення доктрини до джерел права є дискусійним питанням та може розглядатися, на нашу думку, в аспекті джерела пізнання нотаріального процесу з іноземним елементом, тобто бути допоміжним джерелом права. Водночас, як зазначає В.І. Кисіль, думки вчених залишаються приватними думками [11, с. 59]. В.Я. Калакура акцентує увагу на тому, що жодна правова доктрина не має юридичної обов'язковості, але вона виступає допоміжним засобом при визначенні правових норм, а найбільш кваліфіковані фахівці дедалі активніше залучаються до юридичної практики [12].

Дійсно, наукові дослідження українських юристів-міжнародників, фахівців у галузі приватного права використовуються як на націо-

нальному, так і на міжнародному рівнях, зокрема в рамках Ради Європи. Тому неоднозначність тлумачення одних і тих же понять на практиці відносять доктрину до джерел інформації, використання якої нотаріусу дає змогу прийняти правильне рішення. Водночас використання нотаріусом доктрини як допоміжного (додаткового) джерела права є не його обов'язком, а його правом, оскільки воно здійснюється добровільно і на розсуд нотаріуса.

Вагоме значення серед джерел нотаріального процесу з іноземним елементом мають і цивільно-правові договори, які встановлюють обов'язкові правила поведінки для сторін, наприклад, шлюбного договору.

Джерелом нотаріального процесу з іноземним елементом в Україні є форма зовнішнього вираження та закріплення державної чи міждержавної волі у правових нормах, що є загальнообов'язковими для невизначеного кола суб'єктів нотаріальних процесуальних відносин з іноземним елементом, а також у визначених законом випадках форма вираження індивідуальної волі фізичних та юридичних осіб (приватних осіб), яка є обов'язковою для індивідуально визначеного кола суб'єктів відносин, а також положення, що розкривають, тлумачать та пояснюють зміст права.

Література

1. Теорія нотаріального процесу : [науково-практичний посібник] / за заг. ред. С.Я. Фурси. – К. : Алерта ; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
2. Кармаза О.О. Міжнародний нотаріальний процес: теоретичний і практичний аспекти / О.О. Кармаза // Вісник Запорізького національного університету : збірник наукових праць. Юридичні науки. – № 2 (I). – Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2015. – С. 21–28.
3. Стрілько В.Ю. Використання дефініції «нотаріальний процес» в юридичній літературі та законодавстві України / В.Ю. Стрілько // Порівняльсько-аналітичне право. – 2015. – № 5. – С. 130–132.
4. Кельман М.С. Загальна теорія держави і права : [підручник] / М.С. Кельман, О.Г. Мурашин. – К. : Кондор, 2008. – 477 с.
5. Правова доктрина України : в 5 т. – К. : Право, 2013. – Т. 3 : Доктрина приватного права / за заг. ред. Н.С. Кузнецової, 2013. – 760 с.
6. Мелащенко В.Ф. Основи конституційного права України: Курс лекцій; для студентів юрид. вузів і факультетів / В.Ф. Мелащенко. – К. : Вентурі, 1995. – 240 с.
7. Джерела конституційного права України / відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик. – К. : Наукова думка, 2010. – 711 с.
8. Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права / [І.В. Безклубий, Ж.Б. Дзейко, Л.Я. Дячук та ін.]. – К., 2007. – 215 с.
9. Кисіль В.І. Міжнародне приватне право. Питання кодифікації : [монографія] / В.І. Кисіль. – 2-е доповн. і перероб. вид. – К. : Україна, 2005. – 480 с.
10. Калакура В.Я. Особливості джерел міжнародного сімейного права / В.Я. Калакура // Юридичні науки. – 2010. – № 1. – С. 115–119.

Анотація

Стрилько В. Ю. Джерела нотаріального процесу з іноземним елементом: види та співвідношення. – Стаття.

У статті досліджуються загальні наукові підходи щодо визначення понять «джерело права» загалом та «джерело нотаріального процесу» зокрема. Розглянуто наукову дискусію стосовно видів джерел права та їх співвідношення. Висловлено думку про те, що закон України, як і чинний міжнародний договір України, є основним джерелом нотаріального процесу з іноземним елементом. Доведено, що у випадках, передбачених законом України та/або чинним міжнародним договором України, до основних джерел належать також закони іноземних країн. Виявлено зростання ролі додаткових джерел права, наприклад, судової практики.

Ключові слова: нотаріальний процес, міжнародний нотаріальний процес, міжнародне приватне право, джерело права, джерело нотаріального процесу, законодавство України.

Аннотация

Стрилько В. Ю. Источники нотариального процесса с иностранным элементом: виды и соотношение. – Статья.

В статье исследуются общие научные подходы к определению понятий «источник права», а также «источник нотариального процесса». Рассмотрена научная дискуссия о видах источников права и их соотношении. Высказано мнение о том, что закон Украины,

как и действующий международный договор Украины, является основным источником нотариального процесса с иностранным элементом. Доказано, что в случаях, предусмотренных законом Украины и/или действующим международным договором Украины, к основным источникам относятся также законы зарубежных стран. Выявлено возрастание роли дополнительных источников права, например, судебной практики.

Ключевые слова: нотариальный процесс, международный нотариальный процесс, международное частное право, источник права, источник нотариального процесса, законодательство Украины.

Summary

Stril'ko V. Yu. Sources of the notary process with foreign elements: types and ratios. – Article.

The article deals with the general scientific approaches to the definitions of “source of law” in general and “source of notary process” in particular. The scientific discussion about the types of sources of law and their ratio are considered. It is suggested, that the law of Ukraine, as well as the current international treaty of Ukraine is the main source of notary process with a foreign element. It is proved, that in cases envisaged by the law of Ukraine and/or an international treaty of Ukraine, the main sources also include laws of foreign countries. There is an increasing role of secondary sources of law, such as litigation.

Key words: notary process, international notary process, international private law, source of law, source of the notary process, legislation of Ukraine.