

**Ключевые слова:** теория роста научного знания, теория прогресса науки, критерий прогресса науки, метод предположений и опровержений, критически-правовое мышление, развитие отечественной юридической науки.

Summary

*Desiatnyk V. Critical-legal thinking: the progress of science.*

This article describes the theory of the growth of scientific knowledge, progress of science philosophy of mind, which brought its author K. Popper international fame. Within the critical-legal thinking, this theory can contribute to an alternative understanding of the domestic legal science.

**Key words:** the theory of the growth of scientific knowledge, the theory of the progress of science, the criterion of the progress of science, the method conjectures and refutations, critical - legal thinking, development of domestic jurisprudence.

УДК 347.961.1

**І. П. ЛИХОЛАТ**

*Ірина Петрівна Лихолат, кандидат юридичних наук, приватний нотаріус Київського нотаріально-го округу, докторант Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

**ПРЕВЕНТИВНА ЮСТИЦІЯ – ЕЛЕМЕНТ СИСТЕМИ ОХОРОНИ  
ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ**

Актуальність дослідження превентивної юстиції як елементу системи охорони та захисту прав особи зумовлена практичною необхідністю та тенденцією розширення методів та засобів попередження правових спорів, а також їх ефективного вирішення позасудовими методами. Засоби безспірної юрисдикції є тим правовим інструментом, який сьогодні не тільки можливо, а й необхідно використовувати набагато ширше та ефективніше, ніж це зараз відбувається на практиці. Потенціал її не використовується повною мірою практиками, а також системно не досліджується науковцями.

Нині у світі існує чимало різноманітних елементів системи охорони та захисту прав особи: органи судової системи (суди загальної юрисдикції, спеціалізовані суди, органи конституційної юрисдикції), засоби адміністративного захисту, самозахист тощо. Але приблизно з останньої третини минулого століття виникає потреба у формуванні багаторівневої та розгалуженої системи різноманітних засобів вирішення спорів, яка була детермінована змінами в суспільстві, наслідком яких стала еволюція права, що, у свою чергу, спричинило судебізацію суспільних відносин: «Значне зростання кількості судових спорів пов'язане із зростаючим незадоволенням користувачів права, що викликано юридичним середовищем, яке одночасно є складним для розуміння та неможливим для освоєння»<sup>1</sup>.

Ускладнення та урізноманітнення суспільних відносин призвели до збільшення нормативно-правових актів, система яких доволі заплутана, а зміст наповнений колізіями та прогалинами, що й викликало збільшення кількості правових спорів. Судебізація суспільних відносин, у свою чергу, спричинила перенавантаження судів, високу вартість судового процесу та збільшення строків розгляду справ. Так, у традиційних засобах охорони та захисту прав все більше почала проявлятися недосконалість усталених форм, що вимагало пошуку альтернативних (додаткових) засобів вирішення спорів та шляхів їх попередження. Останні, в умовах транспарентності прийняття рішення, спрямованого на припинення спору, стають більш ефективними й зручними, ніж судові засоби, в них неабияку роль починають відігравати самоорганізація та саморегуляція суб'єктів спору. Тому поряд з судовою формою вирішення правових спорів, примат якої ще довго не буде оспорено жодною іншою, та іншими традиційними засобами, починає формуватися альтернативна (додаткова) система захисту прав особи: арбітраж (третейські суди), міні-суди, окрема та інтегрована медіація, переговори, експертні висновки.

Слід зазначити, що понятійне співвідношення термінів «охорона» та «захист» є дискусійним. При цьому ми дотримуємося позиції, що охорона прав є превентивним заходом та здійснюється тоді, коли відсутнє порушення прав, а захист – коли право вже порушено і має бути відновлене. Також є відмінності між поняттями «охорона» і «захист» прав та «попередження» і «вирішення» спорів: «Форму вирішення спору слід відрізнити від форми захисту права. Хоча дані категорії більшою мірою пересікаються, однак, їх не можна назвати повністю тотожними»<sup>2</sup>. На наш погляд, охорона і захист відображають суть явища, а попередження і вирішення – його форму.

У якості позасудового (безспірного) засобу охорони і захисту суб'єктивних прав виступає безспірна юрисдикція, до якої традиційно відносять нотаріат. За своєю правовою природою нотаріат є органом, який покликаний охороняти та захищати суб'єктивні права. Нерідко висловлюється аргументи, що нотаріальні

засоби неможливо використати для захисту прав, тобто вирішення ситуації, коли спір вже виник, а право – порушено. Мотивується така позиція тим, що нотаріат – це орган безспірної юрисдикції, який оперує лише безспірними правами та фактами. Однак це не означає, що нотаріус завжди має справу виключно з відомостями та документи, що у належний спосіб підтверджують права та факти. Окрім власно встановлення фактів, нотаріусом здійснюється також їх пошук шляхом направлення запитів до підприємств, установ і організацій для витребування відповідних документів та відомостей у компетентних осіб та органів (абзац перший та другий ст. 4 Закону України «Про нотаріат»<sup>3</sup>, далі – ЗУ «Про нотаріат»), або шляхом отримання необхідної інформації та документів за допомогою електронних засобів, користувачем яких є він сам. Пошук може здійснюватися також заінтересованими особами самостійно. Окрім цього, нотаріус і досліджує такі факти.

Отже, встановлення безспірності прав та фактів у нотаріальному процесі – результат пошукового, а іноді й дослідницького процесу, складна та тривала робота з пошуку та дослідження доказів безспірності прав і фактів з метою знаходження оптимального рішення питання або проблеми особи, яка до нього звернулася шляхом вчинення відповідних дій або відмови у їх вчиненні.

Окрім цього, нормою абзацу третього ст. 5 ЗУ «Про нотаріат»<sup>4</sup> на нотаріуса покладено обов'язок сприяти громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів. У ній також міститься вимога з роз'яснення прав і обов'язків, попередження про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Тому, виконуючи свій обов'язок з попередження негативних правових наслідків для особи та виникнення конфліктів та спорів, він також виконує дуже важливу превентивну функцію.

Отже, нотаріат можливо віднести не тільки до органів безспірної юрисдикції, а й до органів превентивної юстиції, адже діяльність нотаріуса спрямована на охорону та захист суб'єктивних прав шляхом попередження, запобігання виникненню конфліктів і спорів та, у випадку виникнення, їх вирішення у межах своїх повноважень шляхом надання консультацій правового характеру, проведення примирних процедур, вчинення нотаріальних та реєстраційних дій або відмови у їх вчиненні.

Доки правові системи майже всіх розвинених країн задля охорони та захисту прав особи поступово «прирастають» новими засобами вирішення спорів, найкращим інструментом десудібізації є попередження, запобігання та перешкоджання виникненню правових спорів. А ось у виконанні цієї функції нотаріату немає рівних. У латинському світі функція попереднього контролю протягом багатьох століть втілювалася у фігурі нотаріуса, діяльність якого спрямована на попередження судових спорів: «Нотаріат став спільником суверенної держави, здійснюючи ряд його ключових функцій та укріплюючи державницькі основи. Зберігаючи вірність... громадянам та власникам, яких він захищає, обмежує, консультує, він одночасно став служити і суверену»<sup>5</sup>.

Що являє собою превентивна юстиція, які органи її становлять і в чому її особливості порівняно з іншими засобами охорони та захисту прав?

Дослідники превентивної юстиції в якості засобу попередження виникнення спорів та/або їх вирішення засобами безспірної юрисдикції, як головного та єдиного органу превентивного механізму називають нотаріат<sup>6</sup>. Однак така позиція не повною мірою відповідає сучасному фактичному стану речей. Окрім того, що нотаріат – це державні та приватні нотаріуси, до органів превентивної юстиції також можна віднести квазі-нотаріальні органи, тобто неспеціалізовані органи, на які покладений обов'язок у визначених законодавством випадках здійснювати визначені законом нотаріальні дії. Квазінотаріальні органи визначені ст. ст. 37, 38, 40 та 40-1 ЗУ «Про нотаріат»<sup>7</sup>. До них належать, наприклад, посадові особи місцевого самоврядування, консульські установи, голови, їх заступники, капітани судів, керівники експедицій, командири (начальники) частин, з'єднань, установ або військово-начальних закладів, начальниками слідчих ізоляторів тощо.

Також нотаріальна діяльність, в якості попереджувального механізму, майже нерозривно пов'язана з примиренням (медіацією) та реєстрацією. Цей зв'язок не є тотальним: звісно, що в деяких випадках виключно нотаріальними засобами можливо запобігти виникненню спору у майбутньому. Яскравим прикладом є посвідчення шлюбного договору для осіб, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (частина перша ст. 92 Сімейного кодексу України – далі СК<sup>8</sup>), предметом якого є встановлення режиму особистої приватної власності на нерухоме майно, що набуватиметься ними під час шлюбу. Встановлення такого режиму майна у майбутньому (на випадок поділу майна, спадкування) унебезпечить заінтересованих осіб від спору щодо права власності на майно (його частку) або зробить його майже безперспективним. Такого роду превентивний захід можливо здійснити шляхом нотаріального посвідчення відповідного договору, тобто виключно за допомогою нотаріального засобу.

Інший приклад демонструє не тільки можливість здійснення попередження виникнення спору за допомогою нотаріальної дії із застосуванням примирної (медіативної) процедури: сприяти примиренню сторін нотаріус може різними методами, у тому числі і з використанням примирної процедури, яка отримала розповсюдження у зарубіжній практиці<sup>9</sup>. Наприклад, до нотаріуса звертаються за видачею свідоцтва про право на спадщину дружина померлого, яка має неповнолітнього сина, та непрацездатні батьки померлого. За загальним правилом кожен із чотирьох спадкоємців, як спадкоємиці першої черги, мають право на спадщину у рівних частках (частина перша ст. 1267 Цивільного кодексу України – далі ЦК)<sup>10</sup>. Однак спадкоємці не погоджуються з принципом рівності часток та претендують кожен на збільшення своєї частки, мотивуючи це необхідністю виховання неповнолітньої дитини, інтересами та потребами самої дитини, фактом непрацездатності, розміром грошових затрат, трудового внеску, витраченого на спадкове майно, що призвело до

його істотного збільшення у вартості тощо. До того ж сторони не влаштовує, що після оформлення своїх спадкових прав вони стануть спільними частковими власниками об'єктів рухомого та нерухомого майна, адже внаслідок тривалих конфліктів дійти згоди щодо спільної реалізації права власності на нього їм би було складно. Це, у свою чергу, призвело б до появи нових конфліктів. Свою позицію кожна зі сторін мала намір відстоювати у суді. Однак після надання нотаріусом роз'яснень щодо вимог чинного законодавства, зокрема, частини першої ст. 1267 ЦК<sup>11</sup>, проведення переговорів, які носили примирний, медіативний характер щодо правового змісту ситуації, що склалася між ними, та, нарешті, надання пояснень з порядку реалізації норм частини другої ст. 1267 ЦК<sup>12</sup>, яка встановлює, що спадкоємці, за усною угодою між собою, якщо це стосується рухомого майна, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них, та частини третьої цієї ж статті про те, що спадкоємці за письмовою угодою між собою, посвідченою нотаріусом, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них<sup>13</sup>, та після вчинення відповідних нотаріальних дій, конфлікт між спадкоємцями було вичерпано.

Третій приклад демонструє, як превентивними засобами можуть бути не тільки попереджені та вирішені правові спори, а й здійснено запобігання вчиненню шахрайських дій. Такими запобіжними інструментами є, зокрема, вчинення нотаріальної та проведення державної реєстраційної дії. Під час посвідчення договору купівлі-продажу нерухомого майна з'ясувалося, що правовстановлювальним документом на предмет правочину є рішення суду про визнання права власності на цей об'єкт за продавцем. При цьому первинний правовстановлювальний документ – свідоцтво про право власності, видане органом виконавчої влади, був втрачений. Покупець продемонстрував хвилювання з приводу можливого відчуження об'єкта нерухомого майна на підставі первинного правовстановлювального документа (а така можливість дійсно існувала і використовувалася шахраями до появи електронного механізму державної реєстрації речових прав на нерухоме майно) та висловив намір відмовитися від укладення правочину. Однак нотаріус роз'яснив, що, окрім власне посвідчення правочину з купівлі-продажу нерухомого майна, в день його посвідчення ним буде проведена державна реєстрація відповідних прав покупця як власника у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно (частина перша ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»<sup>14</sup>), що юридично унеможливить здійснення шахрайських дій з першим правовстановлювальним документом на цей об'єкт нерухомого майна.

Медіацію традиційно відносять до засобів альтернативного (додаткового) врегулювання спорів. Однак вважаємо, що можливості медіації є більш широкими: її засоби, за певних умов, її механізми можуть сприяти і попередженню спорів. Так, у процесі проведення примирної процедури може бути здійснено попередження, ще в зародку, інших конфліктних ситуацій. Водночас, коли медіація є інтегрованою у нотаріальний процес, медіативний механізм починає «співпрацювати» із нотаріальним, внаслідок чого створюється можливість для ефективного попередження та/або вирішення спору, а отже, і примирення сторін.

Медіація на сьогодні в Україні не є інституціалізованим самостійним механізмом ні вирішення спорів, ні їх попередження: Закон України «Про медіацію» ще й досі не прийнято. Вона також не інтегрована ні в судовий процес (що доволі поширено в країнах романо-германського правового сім'ї), ані в нотаріальний. Нотаріуси здебільшого не володіють навичками спеціальних медіативних процедур, не мають досвіду ведення медіативного процесу, а медіативна угода не має юридичної сили. Але в нотаріальному процесі вже давно активно використовують примирні процедури при посвідченні окремих договорів, наприклад, аліментного, шлюбного, прощення бору, зміни розміру частки у спадщині, припинення права на утримання взамін набуття права власності на нерухоме майно або одержання одноразової грошової виплати, про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно тощо. Ці договори мають специфічний зміст: вже сам факт їх укладання є наслідком вирішення спору. Причому найчастіше при укладанні таких договорів роль посередника та медіатора бере на себе нотаріус, рідше – адвокати або юридичні консультанти, представники сторін.

З 2013 р., коли українські нотаріуси отримали статус державних реєстраторів, реєстраційна діяльність стає інтегрованою в нотаріальну. Тому інтегративну модель реєстраційного процесу також можливо віднести до інструменту превентивної юстиції.

Можливість віднесення державної реєстрації, як окремого та самостійного засобу, до засобів превентивної юстиції потребує додаткового дослідження у зв'язку із реформуванням реєстраційної служби в Україні та змінами, які відбулися у статусі державного реєстратора. Також для відповіді на це питання необхідне ретельне вивчення відповідного досвіду інших країн.

Поряд із традиційними засобами захисту, якими є суди, засоби адміністративного захисту, самозахист, останнім часом активно почали формуватися альтернативні (додаткові) засоби вирішення спорів. Окрім цих елементів системи захисту прав неабиякого значення набувають засоби позасудового (безспірного) захисту прав, а саме – безспірна юрисдикція, ядром якої є нотаріат. Підвищення його захисної ролі пов'язане не тільки з потребами суспільства, а й із процесами, які відбулися у самому нотаріаті: відходом від бюрократичної моделі та розвитком динамічної моделі латинського нотаріату: «...уявлення про діяльність нотаріуса як механічного проставлення печатки, «просто штампування документів... «тут буває нотаріус» вже нікого не влаштовує»<sup>15</sup>.

Отже, на базі нотаріату починає формуватися ще одна ланка системи охорони та захисту прав, а саме – превентивна юстиція, яка стає повноцінним позасудовим засобом не тільки захисту вже порушених прав, але спрямована на попередження, запобігання виникненню спорів та, у випадку виникнення, їх вирішення влас-

ними засобами. Превентивна юстиція – це комплексна та системна діяльність, яка, окрім нотаріальної, включає в себе примирну (медіативну) та реєстраційну діяльність, а здійснюють її не тільки нотаріуси, а й квазі-нотаріальні органи, медіатори, державні реєстратори.

Окрім цього, превентивна юстиція є не тільки засобом попередження конфліктів, а й надійним та ефективним засобом запобігання вчиненню шахрайських дій.

<sup>1</sup> Декор Жан-Поль. Современные вызовы в праве / Жан-Поль Декор // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра Нотариальных исследований. – М. : Риза-Принт, 2012. Центр нотариальных исследований (ЦНИ). – С. 7. – 216 с.

<sup>2</sup> Зарубина М. Н. Альтернативные способы разрешения экономических споров : учеб. / М. Н. Зарубина, Е. Г. Потапенко. – М.: Изд-во «Проспект», 2015. – С. 3. – 197 с.

<sup>3</sup> Про нотаріат : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1433821168249669>

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Матеи Уго. Нотариат и поиск новой мировой законности / Матеи Уго // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра Нотариальных исследований. – М. : Риза-Принт, 2012. Центр нотариальных исследований (ЦНИ). – С. 13. – 216 с.

<sup>6</sup> Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия / В. Жуйков // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9; Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия: Общие цели, принципы и полномочия / В. Жуйков // Российская юстиция. – 1998. – №№ 6, 7; Москаленко И. В. Нотариат: модель юрисдикции. Превентивный правоохранный механизм реализации гражданского (частного права) : моногр. / И. В. Москаленко. – М. : ФРПК, 2007. – 128 с.; Черемных Г. Г. Развитие нотариата как системы органов превентивного правосудия / Г. Г. Черемных // Нотариальный вестник. – 1998. – №12; Ярик А. К вопросу о превентивном правосудии в деятельности российского нотариата / А. Ярик // Арбитражный и гражданский процесс. – 2006. – № 6.

<sup>7</sup> Про нотаріат : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1433821168249669>

<sup>8</sup> Сімейний Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/print1452672633821113>

<sup>9</sup> Загайнова С. К. Примирительные процедуры в практике российского нотариата: современное состояние и перспективы развития / С. К. Загайнова // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра Нотариальных исследований. – М. : Риза-Принт, 2012. Центр нотариальных исследований (ЦНИ). – С. 79–80. – С. 216.

<sup>10</sup> Цивільний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1446840806117950>

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15/print1443427112609906>

<sup>15</sup> Медведев И. Г. Некоторые тенденции эволюции нотариата и нотариальной формы в мире / И. Г. Медведев : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://notariat.ru/publ/zhurnal-notarialnyj-vestnik/archive/11176/11178/>

#### Резюме

##### **Лихолат І. П. Превентивна юстиція – елемент системи охорони та захисту прав особи.**

Стаття присвячена дослідженню превентивної юстиції як засобу охорони і захисту прав. Визначено місце органів превентивної юстиції в системі засобів охорони та захисту. До органів превентивної юстиції, окрім нотаріусів, віднесено також квазінотаріальні органи, медіаторів та державних реєстраторів.

**Ключові слова:** превентивна юстиція, нотаріат, медіація, реєстрація, охорона, захист.

#### Резюме

##### **Лихолат И. П. Превентивная юстиция – элемент системы охраны и защиты прав личности.**

Статья посвящена исследованию превентивной юстиции как средству охраны и защиты прав. Определено место органов превентивной юстиции в системе средств охраны и защиты. К органам превентивной юстиции, кроме нотариусов, отнесены также квазинотариальные органы, медиаторы и государственные регистраторы.

**Ключевые слова:** превентивная юстиция, нотариат, медиация, регистрация, охрана, защита.

#### Summary

##### **Lykholat I. Preventive justice is the element of the defense and protection of individual rights.**

The article is devoted to the study of preventive justice as a means of preservation and protection of individual rights. It was defined the place of preventive justice in the system of means of protection and defense. The organs of preventive justice (besides notaries) also attributed quasi notary authorities, mediators and state registrars.

**Key words:** preventive justice, notaries, mediation, registration, protection.