

II Ранее уже излагались точки зрения отечественных ученых относительно теоретической обоснованности и практической необходимости признания нотариального права как одной из отраслей российского права. Вернемся к пониманию этой проблемы в контексте теории юридического позитивизма и идеологии позитивизма.

Систематизирование права по отраслевому признаку – исторически объективное явление. Вначале, как известно, произошло деление на основные естественные отрасли: право Божественное и право человеческое (государственное). Право государственное разделилось на право частное и право публичное. Далее по мере развития и усложнения экономических, семейных, трудовых, налоговых, административных, политических и иных реальных общественных отношений развивалось и усложнялось опосредствовавшее эти отношения право. Одним из элементов развития и усложнения права являлось усложнение структуры каждой национальной системы права.

Исторически традиционны научные дискуссии о критериях выделения отраслей права, их количестве, наименовании, признаках и т.п. С точки зрения позитивистской теории права, внесшей большой вклад в развитие описательного, формально-логического и юридико-догматического компонента юриспруденции, подход к пониманию системы (структуры) права может быть описан следующим образом³⁵. Система права – это юридико-доктринальная категория и конструкция, которая включает в себя нормы права и объединяющие их правовые институты и отрасли права. Доктринальная трактовка права как системы норм означает, что единственным системным и системно-структурным элементом права является норма права. Правовой институт – совокупность однопорядковых норм, определенный вид общественных отношений. Отрасль права – совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный род общественных отношений. Каждая отрасль права имеет свой объект, предмет и метод.

Объект правовой регуляции – как правило, большая группа однородных общественных отношений, составляющих отдельную, относительно самостоятельную сферу общественной жизни. Предмет отраслевого регулирования – устанавливаемый в сфере правового регулирования особый правовой порядок (правовой режим), который определяется совокупностью однопорядковых, по их регулятивно-правовым свойствам и характеристикам, норм права, составляющих право соответствующей отрасли. Метод отраслевого правового регулирования (метод отрасли права) – совокупность приемов, способов и форм выражения специфических регулятивных свойств и функций, присущих нормам права данной отрасли.

³⁵ Он же. Указ. соч. – С. 430–431; Проблемы общей теории права и государства / Под общей редакцией В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2001. – С. 331–337, 341–344.

В данной теоретической конструкции обратим внимание на **конвенциональность** ключевых для структурирования системы права на отрасли, подотрасли и институты понятий: **совокупность однопорядковых норм и определенный вид общественных отношений**.

Каждой отрасли права присущи свои отличительные свойства и характеристики, обусловленные спецификой объекта отраслевой правовой регуляции и соответствующими особенностями предмета и метода регуляции данного объекта. Особенности проявляются также в характерных для каждой отрасли специфических способах корреспонденции прав и обязанностей одних субъектов с обязанностями и правами других субъектов, приемах распределения регулятивно-правового содержания нормы права между его структурными элементами, формах выражения системных взаимосвязей между различными структурными элементами и т.д. Каждой отрасли присущ свой особый порядок определения отраслевого состава субъектов права с особым содержанием их правосубъектности, правоспособности и дееспособности, свои особые условия и формы осуществления соответствующих прав и обязанностей, свои особые правила и приемы сочетания регулятивных свойств норм права различных видов – императивных и диспозитивных, запретительных, обязывающих, управомочивающих и др. К важным отличительным особенностям отраслевого метода относятся и те специальные отраслевые юридические принципы, понятия, термины, формулы, концепции и конструкции, с помощью которых выражается специфический регулятивный смысл отраслевых норм и содержательно-предметное своеобразие каждой отрасли.

Вместе с тем, по мнению некоторых ученых, в принципе возможно выделение отрасли права при наличии лишь собственного предмета, поскольку методы регулирования схожи во многих отраслях. Другие ученые полагают, что критерием выделения отрасли права дополнительно к предмету и методу являются присущие только данной отрасли определенные принципы. Некоторые ученые считают, что критерием выделения отрасли права являются источники права.

Традиционны научные дискуссии по системе (структуре) российского права. В практику и в научно-учебную сферу активно внедряются и используются в них дискуссионные понятия, обозначающие такие отрасли права, как налоговое, таможенное, банковское, строительное, жилищное, транспортное, торговое, сельскохозяйственное, лесное, водное, горное, экологическое, космическое, атомное, военное, компьютерное, авторское, наследственное, социального обеспечения, избирательное, судебное, прокурорско-надзорное, уголовно-исправительное.

В области процессуального права, помимо традиционно существующих и признанных наукой и практикой, например, гражданско-процессуального и уголовно-процессуального права, относительно недавно выделено арбитражно-процессуальное право, а также формируются практически и обосновываются теоретически такие новые отрасли российского про-

цессуального права, как конституционно-процессуальное право и административно-процессуальное право.

Некоторые ученые полагают возможным дополнительно структурировать право на «первичные» и «вторичные» отрасли. Существует концепция о «вертикальных» и «горизонтальных» срезах системы права. Ряд ученых считают, что существуют комплексные отрасли права. Однако данные теоретические конструкции не являются общепринятыми в позитивистском типе правопонимания. Вопрос о теоретической возможности выделения, например комплексных отраслей права, является спорным в юридической науке. Следствием этого является дискуссия о научной корректности признания комплексными отраслями российского права предпринимательского права; экологического права; жилищного права; военного права; прокурорско-надзорного права. Вместе с тем другие ученые признают комплексные отрасли права, но относят их к классу «вторичных».

Указанные научные точки зрения и дискуссии относятся к эпистемологии права и, в целом, отражают попытки теоретического осмысления и систематизации (структурирования) новых массивов правовых норм, опосредующих новые общественные отношения, то есть онтологии права. Закономерное развитие (обогащение) структуры конкретной национальной системы права связано с усложнением цивилизационных процессов и необходимостью эффективного правового регулирования новых явлений.

В русле этой же тенденции, по-нашему мнению, находятся развитие нотариата и объективная потребность научно-практического признания (легитимации) **нотариального права и нотариально-процессуального права**. В связи с уникальностью природы нотариата и общественной важностью этого института в некоторых странах, например, действуют отдельные законодательные акты о нотариате. Есть закон, содержащий нормы, определяющие понятие, статус, организацию, ответственность и иные вопросы деятельности нотариата. Действует закон, регулирующий нотариальный процесс. Вопросы самофинансирования нотариата латинского типа в целях оперативного реагирования на ценовые и инфляционные колебания регулируются иными нормативными актами, например, правительственными постановлениями.

Синтез воспроизведенной позитивистской концепции отраслевой систематизации (структуризации) права и системы современных научных знаний о нотариате, как представляется, дает основание для следующих научных выводов. Объективному исследователю очевидны как с научной, конвенциональной точки зрения, так и с точки зрения практической необходимости принципиальная научная допустимость и наличие достаточных оснований для доктринальной легитимации и введения в научный и практический оборот понятий «нотариальное право» и «нотариально-процессуальное право». Данная научная констатация является отражением:

а) объективно существующих групп однородных общественных отношений – объект правовой регуляции;

б) норм права, имеющих особый правовой режим и регулируемых совокупностью однопорядковых регулятивно-правовых свойств – предмет отраслевого регулирования;

в) реально существующих норм, обладающих специфически регулятивными свойствами и функциями, материализованными в нотариальное право и нотариально-процессуальное право – метод отраслевого регулирования. Качественным ядром норм нотариального материального и процессуального права является уникальный дуалистический Нотариальный феномен в своих различных функциональных проявлениях.

По мнению многих ученых и практиков – специалистов в области нотариата, данный шаг обогатит российскую юридическую науку, обеспечит принятие более совершенного законодательства о нотариате и улучшит практику функционирования нотариата по обеспечению и защите прав участников гражданско-правовых и иных отношений.

В чем же причины отсутствия должного признания и отражения нотариального и нотариально-процессуального права: в официальной юридической науке; в перечне научных специальностей по юриспруденции; в государственном образовательном стандарте общеобразовательных учебных дисциплин высших юридических учебных заведений; в существующих классификаторах правовых актов? Только ли в естественном консерватизме научной и государственной бюрократии? Только ли в естественной необходимости доказательно, активно и системно внедрять научное знание о нотариате? По нашему мнению, не только и не столько в названных причинах.

Только ли в естественном консерватизме научной и государственной бюрократии? Только ли в естественной необходимости доказательно, активно и системно внедрять научное знание о нотариате? По нашему мнению, не только и не столько в названных причинах.

Фундаментальной причиной существующего негативного отношения к Нотариальному феномену, включая нотариусов; органы нотариального самоуправления; нотариальное сообщество; науку о нотариате; предложения по конституированию нотариального права и нотариально-процессуального права как отраслей российского права; предложения и замечания Федеральной нотариальной палаты на законопроекты; законодательные предложения, исходящие из нотариального сообщества, является, по нашему убеждению, природная (сущностная), мировоззренческая и идеологическая несовместимость легистского типа правопонимания и основанной на нем политики с существующим в России антилегистским Нотариальным феноменом.

«Новые, конституционно-признанные и закрепленные приоритетные части действующего позитивного права (прирожденные и неотчуждаемые права и свободы человека, общепризнанные принципы и нормы международного права), по существу, остаются вне легистских доктринальных представлений о позитивном праве, его источниках, системе и т.д. Между тем ясно, что в любой доктринальной трактовке современного российского

позитивного права должны быть надлежащим образом учтены названные конституционные положения, смысл которых состоит в признании двух новых приоритетных источников позитивного права: 1) прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека (т.е. по существу естественных прав человека) и 2) общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации.

Основные права и свободы человека, признанные нормами позитивного права, по смыслу конституционных положений являются не только реальными, уже приобретенными субъективными правами каждого индивида, но имеют также исходное общеправовое (критериально-правовое) значение, так что все остальные нормы позитивного права должны соответствовать (и не должны противоречить, нарушать) основным правам и свободам человека», — писал академик В.С. Нерсисян³⁶. Однако позитивизм не в состоянии преодолеть свою собственную легистскую природу, практически созидать конституционное правовое государство и развивать правозащитные и правоприменительные институты.

В завершении данной части исследования сформулируем общий вывод. Современный российский Нотариальный феномен находится во власти противоречивых и разнонаправленных тенденций. Объективной реальностью являются прогрессивные изменения всех аспектов современного российского нотариата. Институт нотариата исторически доказал свою состоятельность и социальную эффективность. Обогадилась нотариальная онтология (практика). Начался процесс качественного обогащения эпистемологии (научного познания) нотариата. Фундаментально обогадилась нотариальная аксиология (учение о ценностях нотариата). Экономико-социальная практика и общественный интерес требуют развития института нотариата. Однако вопреки этой объективной реальности политический субъективизм вначале резко сужает юрисдикцию нотариата, а затем приводит его к глубокому кризису и перманентной регрессивной эволюционной тенденции, ведущей к ликвидации российского нотариата как публично-правового правозащитного и правоприменительного феномена. Основой антинотариальной (антиправовой) государственной политики, вопреки действующей Конституции, является легистский (позитивистский) тип правопонимания.

Исследование Нотариального феномена в структуре легистского (позитивистского) типа правопонимания и основанной на нем социально-политической практике открывает следующие закономерности.

Нотариат является органом авторитарного либо тоталитарного государства и обладает всеми присущими такому типу государств характеристиками.

Природа нотариата — абсолютно государственная. Нотариат существует исключительно в форме государственного нотариата. Сущ-

³⁶ Нерсисян В.С. *Общая теория права и государства*. — С. 386.

ность нотариата — неправовая, административно-бюрократическая. Функция нотариата — обеспечение (обслуживание) исключительно интересов правящего класса авторитарного либо тоталитарного государства.

Нотариат является административным органом в системе исполнительной власти. Нотариусы — классические государственными служащими. Нотариус несет ответственность исключительно перед вышестоящей бюрократией. Нотариальное самоуправление отсутствует в принципе.

Деятельность нотариата носит административно-полицейский характер. Нотариальные процедуры антиюстициарны. Нотариат не является публично-правовым правозащитным и правоприменительным институтом.

Ценность нотариата в легизме заключается в обеспечении им законности, то есть исполнении любых неправовых законов авторитарного либо тоталитарного государства.

С политологической точки зрения, в легизме нотариат является инструментом (орудием) тотального контроля и влияния авторитарного либо тоталитарного государства в гражданско-правовых и иных отношениях. Государственный нотариат входит в систему исполнительной власти, наименее подконтрольной обществу. Нотариат полностью зависим от интересов высшей бюрократии и полностью независим от интересов индивида и гражданского общества.

Нотариальный феномен существует в виде неразвитого эмбриона, находящегося в среде, исключающей его какое бы то ни было развитие. Истинная природа, сущность и функция Нотариального феномена искажены и не раскрыты.

Огромный социально-правовой, социально-этический и духовный созидательный потенциал нотариата абсолютно не реализован.

Очевидна историческая ограниченность и исчерпанность научно-практических ресурсов легизма (юридического позитивизма). Дальнейшее развитие Нотариального феномена, включая развитие науки о нотариате и в первую очередь общей фундаментальной теории нотариата, невозможно без смены самой фундаментальной правовой теории (научной парадигмы). Объективно необходимо преодоление рамок позитивистского (легистского) типа правопонимания. Новой парадигмой (фундаментальной правовой теорией) отечественной науки о нотариате, по нашему убеждению, может являться только юридический либертариизм, представляющий качественно иной, в сравнении с легизмом, тип правопонимания.

Закономерен вопрос: Каким образом иной тип правопонимания может повлиять на развитие науки о Нотариальном феномене, выход российского нотариата из кризисного этапа и формирование новой стратегии его прогрессивной эволюции? О том, насколько мировоззренческие и философ-

ские позиции являются определяющими при оценке той или иной научной теории и соответствующей ей практической деятельности свидетелюет, например, следующий исторический факт. По философским соображениям не приняли атомной теории известные физики Э. Мах, В. Оствальд и другие. Альберт Эйнштейн писал по этому поводу: «Предвзятость этих ученых против атомной теории можно, бесспорно, отнести на счет их позитивистской философии. Это интересный пример того, как философская предвзятость мешает правильной интерпретации фактов даже ученым со смелым мышлением и тонкой интуицией»³⁷.

Объективная смена легистского типа правопонимания либертарным типом правопонимания – закономерность и признак современного научного знания. При этом с эпистемологической и науковедческой точки зрения важно понимать релятивность типов правопонимания, догм и доктрин. Эта посылка предполагает научную корректность, методологическую допустимость и, в принципе, объективную необходимость использования различных концепций в процессе всестороннего познания Нотариального феномена. Важно отметить, что новая теория не устраняет прежнюю теорию как ложную. Прежняя теория сохраняет свое значение для прежней области как предельная форма и частный случай новой теории. Это соотношение между теориями Н. Бор назвал «принципом соответствия». Данный принцип обеспечивает преемственность в развитии научных теорий. Согласно принципу соответствия теории могут быть распределены по своей объяснительной силе: более общая (метатеория) обладает большей объяснительной силой, поскольку она соотносится с большим количеством фактов. Исторический опыт развития научного знания показывает, что новая парадигма становится фундаментальным основанием для следующих эпистемологических процессов. Снимаются, казалось бы, неустраняемые фундаментальные противоречия в системе науки, дискредитирующие имеющееся научное знание. Обогащаются, то есть наполняются новым содержанием и смыслом, имеющиеся знания – понятия, принципы, концепции, теории, гипотезы. Появляются новые более глубокие, сущностные, междисциплинарные и иные знания об исследуемом феномене. Находят разрешения новые теоретические и практические проблемы.

³⁷ Эйнштейн А. Физика и реальность. – М.: 1965. – С. 149.

Шарафетдинов Н. Ф.
"Нотариальный феномен в позитивистском, либертарном и юснатуралистическом типах правопонимания.
От феноменологической теории к эссенциальной метатеории"
М., ФРПК, 2006

Мир нотариата
<http://mirnot.narod.ru>